

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 47 – Numéro 2-3

Année : 2017

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/16171>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/16171>

Page vide laissée intentionnellement.

REVUE DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 47, numéros 2-3

2017

TABLE DES MATIÈRES

11^e édition de l'Institut d'été de jurilinguistique

Note introductive	191
<i>Yaëll Emerich et Marie-Andrée Plante</i>	

Does the World Need More Canada? Legal Multilingualism and Strategic Pluralism	193
<i>Janny H. C. Leung</i>	

Quel genre de droit? Autopsie du sexisme dans la langue juridique	227
<i>Michaël Lessard et Suzanne Zaccour</i>	

La jurilinguistique et l'égalité : les droits linguistiques en tant qu'accords incomplètement théorisés.....	299
<i>Érik Labelle Eastaugh</i>	

Recension critique

Navigation jurilinguistique.....	343
<i>Sandy Lamalle</i>	

Articles

Qu'est-ce que la doctrine en droit civil? Une déconstruction féministe de discours entourant la capacité juridique des femmes mariées	365
<i>Marie-Neige Laperrière</i>	

Krynein ou l'empreinte des corps – À propos de la pensée critique en droit.....	431
<i>Mark Antaki et Vincent Forray</i>	

Notes bibliographiques

Les faits alternatifs du droit constitutionnel.....473
René Pépin

Accès à la terre et enjeux sociaux : précarité, territorialité, identité /
Access to land and social issues: precarity, territoriality, identity.....475
Sébastien Brault

NOTE INTRODUCTIVE

INSTITUT D'ÉTÉ DE JURILINGUISTIQUE (11^e édition)

Le Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé organise chaque année, dans la cadre du Réseau des Centres de jurilinguistique du Canada, une journée d'étude estivale dédiée à la jurilinguistique. Cet Institut d'été de jurilinguistique réunit des conférenciers, d'ici et d'ailleurs, ainsi qu'une centaine de participants d'horizons professionnels juridiques variés.

Célébrant sa onzième édition, l'Institut d'été du 16 juin 2017, consacré au thème Langue(s), Droit(s) et Société(s), a été l'occasion d'offrir un panorama à la fois théorique, pratique et comparé des enjeux qui animent la jurilinguistique. Sur la question de l'identité, nous avons eu le plaisir de recevoir la Professeure Janny H. C. Leung (Université de Hong Kong), dont le texte explore la question de la notion romantique de nationalisme linguistique et le lien entre la langue et la souveraineté. Sur la question de la diversité, le texte de M^e Michaël Lessard et de Suzanne Zaccour (Université de Toronto) explore les questions liées au sexisme lexical et syntaxique en soulignant à quel point la langue française peine parfois à tenir compte de la présence des femmes et de leur perspective. Sur le panel consacré à la jurilinguistique et l'égalité, M^e Érik Labelle Eastaugh nous livre un texte sur l'interprétation bilingue en droit canadien en lien avec les droits linguistiques, qui souligne l'importance du rôle de la jurilinguistique dans la progression vers l'égalité des langues officielles. Finalement, le texte de D^{re} Sandy Lamalle nous propose une navigation jurilinguistique à partir de l'ouvrage du Professeur Jean-Claude Gémar et de M^{me} Vo Ho-Thuy sur les difficultés du langage juridique au Canada.

Nous remercions l'ensemble des contributeurs à cette journée ainsi que la *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*. Nous remercions également le ministère de la Justice du Canada qui, au moyen du Fonds d'appui à l'accès à la justice dans les deux langues officielles, nous a apporté son soutien financier pour l'organisation de l'événement. Surtout, c'est avec grand plaisir que nous voyons ces quatre textes, initialement présentés lors de l'Institut d'été au Centre Crépeau, publiés dans la *Revue de Droit de*

l'Université de Sherbrooke, le Centre Crépeau entretenant, depuis des décennies, de profondes relations avec les collègues de cette Faculté de droit.

Yaëll Emerich
Ancienne Directrice,
Centre Crépeau
Professeure agrégée,
Faculté de droit

Marie-Andrée Plante
Ancienne Directrice adjointe,
Centre Crépeau

Montréal, juin 2019

DOES THE WORLD NEED MORE CANADA? LEGAL MULTILINGUALISM AND STRATEGIC PLURALISM*

par Janny H. C. LEUNG**

Le Canada a la réputation d'être un pays tolérant, caractérisé par sa diversité, dont la dualité linguistique constitue un véritable trait national distinctif de sa société pluraliste. Cet article détermine dans quelle mesure le bilinguisme juridique, tel qu'il existe au Canada, offre une solution intéressante et transposable au reste du monde qui a vu s'accroître le bilinguisme et le multilinguisme au cours des dernières décennies. En étudiant les contours des diverses pratiques convergentes et divergentes des différents systèmes juridiques nationaux, cet article aborde la question de savoir si le fait d'avoir embrassé la diversité linguistique, au Canada et ailleurs, a permis d'y préserver les valeurs de justice et de liberté. En dressant un portrait réaliste du bilinguisme et du multilinguisme dans le monde d'aujourd'hui, le présent article sert de mise en garde contre l'optimisme débordant exprimé par certains face au potentiel émancipant d'un pluralisme linguistique officiel.

Canada has a global reputation as a diverse and tolerant country, with linguistic duality being a proud marker of its pluralistic society and a defining feature of its nationhood. This paper evaluates the extent to which legal bilingualism as practiced in Canada provides a good and practicable model to the rest of the world, which has seen a rise in legal bilingual and multilingualism in recent decades. Through tracing convergent and divergent practices across jurisdictions, the paper probes whether the apparent embrace of linguistic diversity, in Canada and beyond, safeguards justice and liberty. By providing a realistic understanding of legal bilingual or multilingualism in the world today, this paper cautions against excessive optimism that is sometimes expressed towards the emancipatory potential of official linguistic pluralism.

*. This paper is based on a plenary speech given at the 11th Summer Institute of Jurilinguistics and my upcoming monograph entitled *Shallow Equality and Symbolic Jurisprudence in Multilingual Legal Orders*, New York, Oxford University Press, 2019.

**.

Professor, University of Hong Kong.

TABLE OF CONTENTS

Legal Multilingualism in Canada and Beyond	199
Divergences:	
A Leader without Followers?	203
<i>Judicial Activism</i>	<i>203</i>
<i>Legislative Innovation</i>	<i>205</i>
Bilingual Re-Enactment of Laws	205
Parallel Drafting of Federal Legislation.....	209
<i>An Interim Analysis: Contextual Variance</i>	<i>211</i>
Convergences:	
The Common Trappings of Legal Multilingualism	214
<i>Indeterminate Legal Meaning.....</i>	<i>214</i>
<i>Administrative Fix.....</i>	<i>215</i>
<i>Selective Equality.....</i>	<i>217</i>
<i>Pragmatism and Identity Construction</i>	<i>219</i>
Conclusion:	
Nationism, Strategic Pluralism and Linguistic Justice	222

Writing in 1962, former Prime Minister Pierre Elliot Trudeau expressed his vision of Canada's place in the world:

The die is cast in Canada: there are two main ethnic and linguistic groups; each is too strong and too deeply rooted in the past, too firmly bound to a mother-culture, to be able to engulf the other. But if the two will collaborate at the hub of a truly pluralistic state, Canada could become the envied seat of a form of federalism that belongs to tomorrow's world. Better than the American melting-pot, Canada would offer an example to all those new Asian and African states... who must discover how to govern their polyethnic populations with proper regard for justice and liberty.

As far as governance of linguistic diversity is concerned, Trudeau's vision appears to have become reality today. Just like legal bilingualism in Canada, many Asian and African states have also designated two or more languages as their national or official languages. But in what ways has Canada become a "truly pluralistic state" and how could the rest of the world learn from it? In states with extreme linguistic diversity, how could an official language policy be formulated such that it shows "proper regard for justice and liberty"?

Fast-forward to "tomorrow's world" in 2015. In a *New York Times* interview, Pierre Trudeau's son, current Prime Minister Justin Trudeau, has called Canada the world's first "post-national state"¹, hinting that Canada has opened an era of post-nationalism. Justin Trudeau explains, "There is no core identity, no mainstream in Canada. There are shared values – openness, respect, compassion, willingness to work hard, to be there for each other, to search for equality and justice. Those qualities are what make us the first post-national state²". Although a lot of Canadians may

-
1. Guy LAWSON, "Trudeau's Canada, Again", *The New York Times*, December 8, 2015, online: <<https://www.nytimes.com/2015/12/13/magazine/trudeaus-canada-again.html>>.
 2. Some Canadian scholars have argued that Canada is on a path to post-nationalism for different reasons. Heller, for example, documents how discourse about the nation has been destabilized by the globalized new

indeed identify with these values, the claim seems to contradict *prima facie* the position held by the Office of the Commissioner of Official Languages. In a 2014 report, the Office called post-national theories “illusory” and defeatist³, arguing that Canadians do have a national identity, with linguistic duality being a core component of this identity. According to their research, even recent migrants believe in the value of Canadian bilingualism.

In 2017, Canada celebrated its 150th birthday. Merchandise bearing the slogan “The World Needs More Canada”, a phrase invented by the Canadian Tourism Commission in 1995, was sold everywhere. With this exact phrase, former President of the United States Barack Obama brought his praise of the Canadian Armed Forces to a climax during a speech given in the Canadian Parliament in 2016 and won a round of applause from the audience.

A consistent theme in these three episodes is that Canada has found a path towards a utopian society and that the rest of the world should follow suit. Amidst the growing display of intolerance in the world today and backlash against multiculturalism in recent times, Canada does seem to manage plurality better than others, as exemplified by the welcome that it has shown to displaced people in the recent refugee crises. In fact, Pierre Trudeau says Canada should take pride in how Canada handles plurality, highlighting especially plurality arising from the “two main ethnic and linguistic groups⁴”.

This paper focuses on the issue of linguistic plurality, and evaluates the extent to which legal bilingualism as practiced in Canada provides a good and practicable model to the rest of the world, especially “all those new Asian and African states”. It probes

economy. Monica HELLER, *Paths to Post-Nationalism: A Critical Ethnography of Language and Identity*, New York, Oxford University Press, 2011.

3. OFFICE OF THE COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES, “What New Canadians Can Tell Us About the Canada of Tomorrow: Discussion Forums on the Perspectives of Canadians of Diverse Backgrounds on Linguistic Duality”, June 2014.
4. Later on he also promoted multiculturalism alongside official bilingualism.

whether an official bilingual or multilingual policy can be taken as evidence of a pluralistic society. To what extent does such apparent embrace of linguistic diversity, in Canada and beyond, safeguard justice and liberty? What exactly has learning from the Canadian model brought to the rest of the world? Can experiences from these other jurisdictions in turn inform Canada in some ways? Building on my prior comparative legal research on official language practices, this paper raises questions and pinpoints nuances that complicate the rosy picture that the above episodes present, and provides a realist approach to understanding legal bilingual or multilingualism in the world today.

The structure of the paper is as follows. The first section of this paper provides a broad overview of the contemporary phenomenon of legal bilingualism and multilingualism around the world today. The second section focuses on divergences, identifying some distinctive features of the Canadian model of legal bilingualism. Such divergences stem from the dependence of the legal development in official bilingualism on the individual and political goodwill, and the sociopolitical contexts that limit the transplantation of the Canadian model into other jurisdictions. After evaluating divergence, the third section turns to commonalities across jurisdictions in their bilingual and multilingual legal practices, and evaluates the limits of these common practices in furthering justice and liberty. The fourth and last section offers a realist interpretation of the observations made, cautioning against excessive optimism that is sometimes expressed towards the emancipatory potential of legal bilingualism and multilingualism.

Legal Multilingualism in Canada and Beyond

Among all modern states, Canada is no doubt a pioneer in incorporating linguistic pluralism into governance⁵. In fact, linguis-

5. Switzerland has also practiced official multilingualism from mid-19th Century, but the Swiss model is based on territorial monolingualism.

tic duality took root in Canada long before most bilingual and multilingual modern states came into being.

Most existing research into legal bilingualism or multilingualism focuses on the practical challenges of policy implementation (such as the drafting and translation of statutes⁶, and bilingual or multilingual legal interpretation⁷) in one or a few jurisdictions. Few paid attention to the extent to which this phenomenon has sprawled globally. In what I believe to be the first book-length study of official multilingualism at a global scale, I reveal that linguistic pluralism has become a prevalent practice in governance⁸. My research shows that almost 40% of sovereign states are officially bilingual or multilingual⁹, of which the great majority are postcolonial states that acquired sovereignty only after the second world war. Many of these states are located in Asia and Africa, which happen to be some of the most linguistically diverse regions on Earth. However, such states may also be found in Europe (especially in southern and eastern parts of Europe), the Pacific (including New Zealand and eight other island countries) and

-
6. Lucja BIEL, "Translation of Multilingual EU Legislation as a Sub-Genre of Legal Translation", in *Court Interpreting and Legal Translation in Enlarged Europe 2006*, ed. D. KIERZKOWSKA, Warszawa, *Translegis*, 2007, 144; Karen MCAULIFFE, "Enlargement at the European Court of Justice: Law, Language and Translation", (2008) 14-6 *European Law Journal* 806, online: <<https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.2008.00442.x>>; Andreas LÖTSCHER, "Multilingual Law Drafting in Switzerland", in Günther GREWENDORF and Monica RATHERT (eds.), *Formal Linguistics and the Law*, Berlin, Mouton De Gruyter, 2009, p. 371; Vanni BRUNO, "Ensuring the Quality of Drafting of Legislation in a Multilingual Context: Belgium, Luxembourg, Malta", *European Commission - Legal Service*, September 20, 2013, online: http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/seminars_en.htm.
 7. Rémi M. BEAUPRÉ, *Construing Bilingual Legislation in Canada*, Toronto, Butterworths, 1981; Rémi M. BEAUPRÉ, *Interpreting Bilingual Legislation*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 1986; Michel BASTARACHE et al., *The Law of Bilingual Interpretation*, Markham, LexisNexis Canada, 2008.
 8. J. H. C. LEUNG, *Shallow Equality and Symbolic Jurisprudence in Multilingual Legal Orders*, New York, Oxford University Press, 2019.
 9. My figure is based on *de jure* multilingualism. If taking into account *de facto* multilingualism, the figure will be much higher, for linguistic accommodation in the legal system has almost become a necessity in the globalized world.

the Americas (Canada being a prime example). In addition to bilingual and multilingual sovereign states, there are also numerous sub-state, supranational and international jurisdictions that operate bilingually or multilingually¹⁰. Judging by the number of national or official languages all these jurisdictions have adopted, they appear to have indeed followed the Canadian pluralistic approach rather than the American hyphenation approach.

Notwithstanding voices of discontent expressed from time to time within Canada about its bilingual policy¹¹, many jurisdictions from all over the world have looked up to Canada for good practices in legal multilingualism, as evident in court decisions¹², government research papers¹³, and comparative academic studies¹⁴. When the

-
10. There is of course a long history of legal encounters between civilizations/empires/nations taking place in two or more languages, but supranational polities (with the European Union being a prime example) operating in multiple languages is a modern phenomenon. See Alexander OSTROWER, *Language, Law, and Diplomacy: A Study of Linguistic Diversity in Official International Relations and International Law*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1965; Mala TABORY, *Multilingualism in International Law and Institutions*, Rockville, Sijthoff and Noordhoff, 1980.
 11. Such as Scott REID, *Lament for a Nation: The Life & Death Of Canada's Bilingual Dream*, Vancouver, Arsenal Pulp Press, 1993; Russell DOERN, *The Battle over Bilingualism: The Manitoba Language Question, 1983-85*, Winnipeg, Cambridge Publishers, 1985.
 12. See for example *S. v. Pienaar*, 2000 (2) SACR 143 (NC), in South Africa; and *MacCárthaigh v. Éire*, [1980-1998] T.É. (Tuairiscí Speisialta) 57, [1980-1998] IR (Special Reports) 127, and *Ó Griofáin v. Éire*, [2009] IEHC 188, (23 April 2009) HC, in Ireland.
 13. OFFICE FOR CRIMINAL JUSTICE REFORM, "The Use of Bilingual (English and Welsh-Speaking) Juries in Certain Criminal Trials in Wales - A Consultation Paper", December 2005; Fernand DE VARENNES, "International and Comparative Perspectives in the Use of Official Languages: Models and Approaches for South Africa", *South African Language Council Afrikaanse Taalraad*, 2012; OFFICE OF THE COUNSEL GENERAL, "Bilingual Lawmaking and Justice: A Report on the Lessons for Wales from the Canadian Experience of Bilingualism", April 4, 2006.
 14. Dirk BRAND, "Constitutional Language Rights in Canada and South Africa", (1997) 4 *Journal of South African Law* 689; Dáithí MAC CÁRTHAIGH, "Interpretation and Construction of Bilingual Laws: A Canadian Lamp to Light the Way?", (2007) 2 *Judicial Studies Institute Journal* 211; Albert H. Y. CHEN, "1997: The Language of the Law in Hong Kong", (1985) 15 *Hong*

Department of Justice (known as Attorney General's Chambers before the handover of sovereignty to China) in Hong Kong was researching how to transition from a monolingual (English) to a bilingual (Chinese and English) jurisdiction¹⁵, and how to resolve discrepancies between two equally authoritative texts¹⁶, Canada was a major source of reference. Similarly, an Irish scholar has expressed hope that Canadian practices in bilingual legal interpretation may be a "lamp" that lights the way for Ireland¹⁷. Apart from bilingual drafting and interpretation, there is also cross-jurisdictional fertilization in the administrative structure of linguistic management. The Language Commissioner model, established in 1970 in Canada which assigns ombudsman, compliance and advisory functions to a government watchdog, has spread across bilingual and multilingual jurisdictions in Europe and North America. There is now a small but global network of language commissioners (www.languagecommissioners.org) who meet every year for experience sharing.

Despite clear attempts at mutual learning, there are distinctive features in the Canadian model of legal bilingualism that prevent them from being easily copied by other jurisdictions. We will examine these features in the next section, before moving on to consider the limits of existing practices across the board.

Kong Law Journal 19; Deborah CAO, *Translating Law*, Bristol, Multilingual Matters, 2007; Deborah CAO, "Inter-Lingual Uncertainty in Bilingual and Multilingual Law", (2007) 39-1 *Journal of Pragmatics* 69, online: <<https://doi.org/10.1016/j.pragma.2006.08.005>>.

15. ATTORNEY GENERAL'S CHAMBERS HONG KONG, "Discussion Paper on the Laws in Chinese", Hong Kong, 1986.
16. DEPARTMENT OF JUSTICE OF HONG KONG – LAW DRAFTING DIVISION, "A Paper Discussing Cases Where the Two Language Texts of an Enactment Are Alleged to Be Different", May 1998.
17. D. MAC CARTHAGH, *supra.*, note 14.

Divergences: A Leader without Followers?

Judicial Activism

Although the decision to become a bilingual and bijural state is inevitably political in nature, most of the legal consequences of official bilingualism in Canada have been derived from judicial interpretation.

Although linguistic duality has been a concern since the founding days of Canadian federation, status equality between English and French was a much later judicial innovation¹⁸. Section 133 of the 1867 Constitution provides that all Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec have to be published in both English and French and that both languages 'may' be used in the Parliament, legislature and court proceedings. It was, however, only in 1935 that the Supreme Court, in its decision of *The King v. Dubois*¹⁹, established that the two language texts of federal law are equally authentic. The principle was later placed on a statutory footing in Official Languages Act 1969, which stipulates the official and equal status of English and French in Canada and obliges federal institutions of Canada to offer services in both languages. The same Act also creates the Office of the Commissioner of Official Languages. The Act was further strengthened through amendments in 1988 and 2005, which made the rights enforceable. The official status of English and French is constitutionalized in the Canadian Charter of Rights and Freedoms, contained in Constitution Act 1982, which confers the right to use either language to communicate with the federal government of Canada and some provincial governments.

The significance of official bilingualism has continued to widen in Canada, not least thanks to the liberal approach the Canadian Supreme Court has taken in interpreting language rights.

18. R. M. BEAUPRÉ, *supra*, note 7.

19. *The King v. Dubois*, [1935] S.C.R. 378.

Over time, the perception of language rights as a political compromise²⁰ (which is associated with a more restrictive approach to the interpretation of language rights as a negative liberty) has given way to a view of those rights as a positive right. The Court held, in a 1999 decision, that language rights are not only a matter of formal equality but also a means of preserving and developing official language communities and their culture (*R. v. Beaulac*²¹).

Judicial activism is not absent in other bilingual and multilingual jurisdictions, but in most of the jurisdictions I have surveyed, although judicial push may be instrumental in realizing language rights that have been implied or promised in the constitution, it seldom expands the scope of such rights. For example, the South African Constitution (Section 6, Act No. 108 of 1996) provides for equitable use of its 11 official languages, which consist of two languages of colonial heritage (English, and Afrikaans²², which is derived from Dutch) and nine indigenous languages (Ndebele, Northern Sotho, Sotho, Swazi, Tsonga, Tswana, Venda, Xhosa and Zulu). However, critics have long complained about the lack of effective implementation of those provisions. The High Court in Pretoria held in *Lourens v. President of South Africa and others*²³ that the government had failed to comply with its constitutional obligations to regulate and monitor the use of official languages (Section 6(4)). This and other relevant criticisms led to the passing of Use of Official Languages Act in 2012 to promote more equitable use of the official languages.

Among states that have granted official language status to two or more languages, very few have interpreted such status as a

-
20. Denise G. RÉAUME, "The Demise of the Political Compromise Doctrine: Have Official Language Use Rights Been Revived?", (2001) 47-3 *McGill Law Journal* 593.
 21. *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768.
 22. The characterisation of Afrikaans has been controversial. See Hans DEN BESTEN, "Double Negation and the Genesis of Afrikaans", in Pieter MUYSKEN and Norval SMITH (eds.), *Substrata versus Universals in Creole Genesis*, Amsterdam/Philadelphia, John Benjamins Publishing, 1986, p. 185.
 23. *Lourens v. President of South Africa and others*, [2010] ZAGPPHC 19; 2013 (1) SA 499 (GNP).

positive obligation on the state to ensure the survival of the languages concerned. Courts in bilingual and multilingual states in Asia and Africa are conservative in their interpretation of official language rights, at least in part due to the potential resource implications. To continue with the South African example, in *Mthethwa v. De Bruin NO*²⁴, the defendant who understood English applied to have the trial conducted in the official language of his choice, i.e., Zulu. In rejecting his application, the high court held that Section 35(3)(k) of the Constitution does not give an accused the right to have a trial conducted in the language of his choice. I argued that it is impractical for proceedings to be conducted in any language other than English or Afrikaans, because most legal professionals cannot understand an indigenous language. This, in effect, renders the official status enjoyed by indigenous languages meaningless as far as court proceedings are concerned.

Legislative Innovation

A number of measures taken by the Canadian federal legislature are particularly conducive to facilitating linguistic equality of the two official languages. I will briefly discuss two of them: bilingual re-enactment of laws and legislative co-drafting.

Bilingual Re-Enactment of Laws

Section 133 of the Constitution Act, 1867, requires that federal legislation be printed and published in both official languages. This stipulation on bilingual printing and publication has been interpreted by Canadian courts as encompassing a requirement of simultaneous bilingual enactment. That is to say that federal laws need to be enacted simultaneously in English and French.

After the Supreme Court of Canada decided, in *Attorney General of Quebec v. Blaikie et al*²⁵, or *Blaikie No. 1*, and *Blaikie No.*

24. *Mthethwa v. De Bruin NO*, 1998 (3) BCLR 336 (N) (S. Afri.).

25. *Attorney General of Quebec v. Blaikie et al*, [1979] 2 S.C.R. 1016.

²⁶, that section 133 also applied to certain legislative instruments (also known as regulations or delegated legislation), the Parliament of Canada passed the *Legislative Instruments Re-enactment Act*²⁷ to re-enact monolingually enacted legislative instruments to ensure their validity²⁸. The re-enactment in two languages is deemed to come into force retroactively, on the same day as the coming into force of the original regulation in one language.

As for provincial and territorial legislation, the requirement to publish law in English and French extends to Quebec, Manitoba, New Brunswick, Ontario, and Federal Territories (Nunavut, Northwest Territories, and Yukon). Re-enactment of legislation also took place in Manitoba. Section 23 of the Manitoba Act is virtually identical to section 133 of the Constitution Act. In *Re Manitoba Language Rights*²⁹, the Supreme Court of Canada held that statutes in Manitoba that had been enacted in English only were invalid. To prevent a legal vacuum, the court held that these statutes were deemed to have temporary force and effect until they were re-enacted. Saskatchewan found itself in a similar situation in *R. v. Mercure*³⁰, but its legislature resolved the problem through repealing a pre-confederation law rather than through re-enactment of its statutes.

Although the bilingual re-enactment of legislation became a necessity³¹ in Canada after its courts ruled that monolingually enacted statutes were invalid, such legislative action is far from the norm. Whilst many jurisdictions have stipulated that their laws are to be published in two or more languages (it is noteworthy that some jurisdictions have even legislated for the simultaneous enactment and publication of bilingual laws), Canada is a very rare example of

26. *Attorney General of Quebec v. Blaikie et al*, [1981] 1 S.C.R. 312.

27. *Legislative Instruments Re-enactment Act*, S.C. 2002, c. 20.

28. Mollie DUNSMUI, "Bill S-41: The Legislative Instrument Re-Enactment Act", Legislative Summary LS-425E, Library of Parliament, April 23, 2002.

29. *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.

30. *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234.

31. Peter W. HOGG, "Necessity in a Constitutional Crisis", (1989) 15 *Monash University Law Review* 253.

a jurisdiction in which laws were repealed and re-enacted as a result of official bilingualism. Although the legislative move may be chiefly motivated by the need to ensure the validity of laws, it turns out to be also crucial for linguistic equality. Legislative action prevents legislative history from undermining the equal authenticity principle, whose foundation was laid down in the landmark case of *Dubois*³², which established that the two language versions are equally authentic because they passed through Parliament and received the assent of his Majesty at the same time according to the same procedure.

Bilingual re-enactment – or the lack of it – is particularly consequential where a language acquires official status later than another language. This situation is very common among postcolonial jurisdictions in Asia and Africa, where a colonial language is often retained as an official language and an endogenous language acquires official status as part of a decolonization process. In these jurisdictions, the endogenous official language is often considered to be inferior³³, a view which is reinforced by its shorter history as a legislative language.

To illustrate what the absence of bilingual re-enactment may result in, let us take a look at the bilingual jurisdiction of Hong Kong, where English has been used in an official capacity during the colonial period for over 150 years, and the Chinese language only became a legal language shortly before the handover of sovereignty in 1997. Hong Kong courts routinely favour the English text of the law, despite the formal adoption of the equal authenticity principle³⁴. In *HKSAR v. Tam Yuk Ha*³⁵, where the Chinese and English texts of a regulation appeared to diverge in meaning, Justice Liu in the

32. *The King v. Dubois*, *supra*, note 19.

33. Janny H. C. LEUNG, "Negotiating Language Status in Multilingual Jurisdictions: Rhetoric and Reality", (2016) 209 *Semiotica* 371, online: <<https://doi.org/10.1515/sem-2016-0013>>.

34. Janny H. C. LEUNG, "Cross-Jurisdiction Appropriation of the Equal Authenticity Principle", (2013) 45-2 *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 209, online: <<https://doi.org/10.1080/07329113.2013.772463>>.

35. *HKSAR v. Tam Yuk Ha*, [1997] 2 HKC 531.

Court of Appeal expressly undermined the value of the Chinese text in his judgment:

First of all, the authenticated Chinese language text of By-law 35(a) was obviously not designed to have any remedial effect. On the contrary, the draftsman of the Chinese language text must have striven to reproduce with accuracy a meaning compatible, if not identical with that of the English language text, bearing in mind that the Chinese language text was brought in later after the original By-law 35.... Any rectification would have to be effected by an amendment, not by the other language text. What effect, if any, would the subsequently authenticated Chinese language text have on the English language text? (para. 8-10)

The same approach was adopted in other cases such as *Chan Fung Lan v. Lai Wai Chuen*³⁶, *The Queen v. Tse Hing San & Others*³⁷, and later in *HKSAR v. Lau San Ching & Others*³⁸. It was officially endorsed in a 1998 paper published by the Department of Justice, which stated that the English version will take precedence if the Chinese text was only prepared and declared authentic subsequent to the English text. This interpretive approach effectively undoes the significance of the equal authenticity principle.

In fact, there are many postcolonial jurisdictions that have assigned the same legal status to different languages, but do not treat these languages equally. Consider Lesotho, a south African state which became independent from Britain in 1966. Article 3 of its constitution provides for the official language status of Sesotho (a Bantu language spoken by the majority of the population) and

36. *Chan Fung Lan v. Lai Wai Chuen*, HCMP4210/1996.

37. *The Queen v. Tse Hing San & Others*, MA No. 1395 of 1996.

38. *HKSAR v. Lau San Ching & Others*, MA 98 of 2002. Judge Ligar-Mawson in this case argued that ‘...it necessarily follows that if the ordinance was initially enacted in English, the English text was the original official text from which the Chinese text was subsequently prepared and declared authentic. In ascertaining the ordinance’s legal meaning, the English text should be taken as more accurately reflecting the Legislature’s intent at the time it was originally enacted.’

English, but also states that “no instrument or transaction shall be invalid by reason only that it is expressed or conducted in one of those languages”. Thus equal authority here does not imply parallel usage. In reality, English is still the language of government and administration. To cite a more radical example, Bolivia has granted official status to 37 languages, among which some were already extinct when they received official recognition. One simply does not expect the government to use all these languages in the same way.

Parallel Drafting of Federal Legislation

Another important innovation made by the Canadian federal government concerns legislative drafting. Co-drafting of bilingual legislation was introduced in the late 1970s. To ensure the harmony of their legislative texts, the idea of drafting a text and then translating it was abandoned altogether. In the spirit of both bilingualism and bijuralism, a Francophone, usually trained in civil law, and an Anglophone, usually trained in common law, work in partnership in drafting federal legislation³⁹. They are guided by bilingual instructing officers who are legal advisors from the sponsoring department. They attend all meetings so they both fully understand the background to the bill that they need to draft. They work together in each assignment, going back and forth to discuss each section of the draft, with the help of jurilinguists⁴⁰ (members of the Jurilinguistic Services Unit in the Legislative Services Branch) who are specialists in the language of the law. The jurilinguists ensure the linguistic quality of the texts (with a focus on style, terminology and phraseology) and their equivalence in meaning⁴¹.

39. Lionel A. LEVERT, “The Cohabitation of Bilingualism and Bijuralism in Federal Legislation in Canada: Myth or Reality?”, *Harmonization and Dissonance: Language and Law in Canada and Europe*, May 7, 1999, online: <<http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/harmonization/hfl-hlf/b1-f1/bf1e.html>>.

40. Their European equivalents are known as lawyer-linguists.

41. GOVERNMENT OF CANADA, PRIVY COUNCIL OFFICE, “Guide to Making Federal Acts and Regulations: Part 2 - Making Acts - 2.3 Preparation and Cabinet Approval of Bills”, accessed February 26, 2017, online: <<https://www.canada.ca/en/privy-council/services/publications/guide-making-federal-acts-regulations.html>>.

The output is then reviewed by legislative revisers and paralegals. Both the English and the French texts are treated as an original expression of the law and are printed side by side. Since the translator and the draftsperson are one, it may be said that this method of bilingual textual production has by-passed translation, at least in the traditional sense of the term. It is believed that co-drafting produces legislative texts that are idiomatic and of consistently good quality in both language versions. Similar to bilingual re-enactment, co-drafting prevents the situation where a translated legislative text is treated as less authoritative. It helps to reaffirm the equal authenticity principle.

The Canadian model has inspired legislative drafting in a few other bilingual and multilingual jurisdictions in Europe, such as Belgium, Switzerland and Wales. In Belgium, the French and Dutch versions of the law are co-drafted by a native speaker of each language; a German translation is produced afterwards for reference only. This drafting respects the internal structure of each drafting language and has replaced the earlier approach where the Dutch version followed the French text word for word. Every bilingual draft has to be vetted before approval. The drafting procedures are detailed in a manual published by the Council of State⁴². In Switzerland, co-drafting may be more accurately described as co-revising. Federal legislative drafting usually starts with German and is translated into other official languages, in a way that prioritises the naturalness of the target language text. It takes place at an intermediary stage as a quality assurance procedure, when linguists and jurists who are speakers of different official languages discuss and suggest revisions to the drafts both in form and content, and may even spot textual issues not restricted to questions of linguistic equivalence⁴³. In Wales, legislation had been typically drafted in English and then translated into Welsh for over two centuries; however, drawing on the Canadian experience, co-drafting was introduced in 1999 so that Welsh and English versions

42. COUNCIL OF STATE (BELGIUM), "Principles of legal technique - The legislative drafting manual", 2017, online: <http://www.raadvst-consetat.be/?page=technique_legislative&lang=en>.

43. A. LÖTSCHER, *supra*, note 6.

of legislation are now drafted alongside each other. Some have argued that co-drafting can be more cost-effective and time-efficient than translation. There have also been calls for co-drafting in Ireland, where the Irish legislative text has a higher status than the English text⁴⁴ (except in the rare occasions where a bill has been introduced in Irish).

In most postcolonial bilingual and multilingual jurisdictions in Asia and Africa, officially recognized languages are simply not treated equally; if the law is available multilingually at all, it is prepared through translation. In the Philippines, which is officially bilingual (English and Filipino), legislation and judgments are written in English and rarely translated into Filipino.

An Interim Analysis: Contextual Variance

The advancement of legal bilingualism in Canada has been propelled by judicial activism. Equality between the official languages was a judicial invention before it became constitutionally entrenched. Judicial activism is a balancing force against majoritarian lawmaking in constitutional democracies, especially when it comes to the protection of minority rights⁴⁵. When it comes to the official languages of Canada, the importance of Canadian courts does not lie so much in countering majoritarian decisions but in formulating the meaning of linguistic equality and expanding the scope of official language rights through liberally interpreting constitutional and legislative provisions that are broadly crafted. The dependence on judicial activism means that the goodwill and moral judgment of individuals have played a key role in advancing legal bilingualism in Canada. When similarly drafted laws are adopted in other jurisdictions, the conditions for judicial activism

44. Harry MCGEE, "Experts Say Constitutional Changes Should Look at Subtlety of Irish Translation", *The Irish Times*, sect. News, February 21, 2015, online: <<http://www.irishtimes.com/news/politics/experts-say-constitutional-changes-should-look-at-subtlety-of-irish-translation-1.2111749>>.

45. Robert M. COVER, "The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities", (1982) 91-7 *The Yale Law Journal* 1287.

are often weaker. For one thing, many bilingual and multilingual jurisdictions are postcolonial states that are still struggling to achieve a balance of power among the three branches of government. A crucial sociopolitical context that distinguishes Canada from Asian and African states that became bilingual and multilingual is that Canada was a settler colony, and its official bilingualism focuses on two languages that were spoken by its two major colonisers. Postcolonial Asian and African states were predominately exploitation colonies. In the great majority of bilingual and multilingual Asian and Africa states I have surveyed⁴⁶, their language policy is a balance of power between colonial (exogenous) and endogenous languages, reflecting both external pressure from globalization and internal pressure from interethnic tensions. In most cases, the exogenous languages still occupy a superior position, not least due to entrenchment in colonial legal systems, often retained by decolonizing states. Most imperialist European languages have transitioned into world languages, and thus there are also economic incentives to retain these languages for access to the global economy. On the other hand, the official recognition of endogenous languages is necessary as a symbolic acknowledgement of nationhood and sovereignty, and linguistic equality can be a useful political rhetoric to appease sub-state nationalism and to enhance political reputation. There seems to be a division of labour as to what each official language is perceived to be good for: usually exogenous languages for their instrumental value, and endogenous languages for their identity or sentimental value. There is little sense in which they are comparable or truly equal. It is therefore not surprising that the legislative measures Canada has taken to ensure linguistic equality, including the re-enactment of statutes and the practice of co-drafting, have not been adopted in most other bilingual and multilingual jurisdictions. If anything, there is a stronger parallel between official multilingualism in many Asian and African states and the way Canada treats its indigenous languages: although aboriginal languages have been granted official status in some territories (e.g., Northwest Territories), alongside English and French, such status seems to be

46. See J. H. C. LEUNG, *supra*. note 8.

primarily symbolic⁴⁷. The extent to which official status is taken seriously seems to be proportional to the degree to which separatist sentiment among the language community in question poses a threat to national unity. The power disparity between endogenous languages and exogenous languages, and that between settler languages and indigenous languages, tends to be too significant to warrant truly equal treatment.

The lack of commitment to fully utilizing an endogenous language in an official capacity is bolstered by long-held language ideologies about European languages being more modern and progressive⁴⁸, and endogenous languages being associated with ignorance and imprecision. Bahasa Malaysia (BM), for example, is often seen by Malaysian lawyers as inferior to English as a legal language:

I often compare the use of BM in legal arguments to the use of a hammer instead of a screwdriver. The job will indeed be done but it will be messy and brutal whereas the use of English would be like using a screwdriver - elegant and each turn of the argument can be appreciated⁴⁹.

The strongest resistance to the adoption of endogenous languages for official functions tends to come from local elites, especially legal professionals, who have vested interests in the perpetuation of colonial languages⁵⁰.

47. Mark FETTES, "Life on the Edge: Canada's Aboriginal Languages under Official Bilingualism", in Thomas RICENTO and Barbara BURNABY (eds.), *Language and Politics in the United States and Canada*, New York, Routledge 1998, p. 117.

48. Strikingly, the new nation of South Sudan has chosen English as its official language because it will make the country "different and modern", according to the country's Minister of Higher Education Edward Mokole, despite there being very few fluent English speakers in the country. Rosie GOLDSMITH, "BBC News - South Sudan Adopts the Language of Shakespeare", *BBC News Magazine*, October 8, 2011, online: <<http://www.bbc.co.uk/news/magazine-15216524>>.

49. Azzat, FAHRI. The Language of the Court. Malaysiakini.com, 3 July 2001. <http://www.malaysiakini.com/letters/8743> (accessed 11 July 2019).

50. See further examples and discussion in J. H. C. LEUNG, *supra*, note 33.

Convergences:**The Common Trappings of Legal Multilingualism**

Despite the divergences highlighted above, there are a few commonalities across bilingual and multilingual jurisdictions that define the nature of such official recognition of linguistic plurality and equality in the contemporary world.

Indeterminate Legal Meaning

Most bilingual and multilingual states enshrine official language status in their constitutions, usually in the form of a simple sentence: “the official languages of XXX shall be YYY and ZZZ”. Entrenchment in the supreme law of the land conveys a sense of authority and a vision of how people in a state are to live together. However, the terms ‘official language’ or ‘national language’ do not carry well defined legal meanings. In fact, when the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism in Canada was trying to decide what status to assign to English and French, commissioner Royce Frith supported the use of the word ‘official’ because it was *not* ‘a term of art’ in law, thus its precise meaning could be worked out by the courts later through jurisprudence. The vagueness in drafting means that the realization of constitutional aspirations depends on implementing legislation, which is in turn dependent on the political climate of the day. Alternatively, as discussed above, it may also be propelled by judicial activism, but there is no guarantee that this will happen. For many jurisdictions that have granted official status to two or more languages, such status recognition remains symbolic. Since status symbols attached to languages have no clear legal meaning, Laws establishing official languages mainly work through its symbolic capital⁵¹. I call this *symbolic jurisprudence*⁵². A positivistic approach to law views law as a set of rules that controls or changes behavior, the effectiveness of which depends on enforcement. Symbolic jurisprudence recognizes that law does not only perform instrumental but also symbolic

51. Pierre BOURDIEU, *Language and Symbolic Power*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

52. See J. H. C. LEUNG, *supra*, note 8.

functions. Symbolic law⁵³ makes a statement about who we are as a society and has the potential to influence social norms. To say that official language law works through its symbolic power does not imply that it is necessarily inconsequential. Symbolic capital may be translated into cultural and political capital under the right circumstances; substantive rights may also be derived from symbolic recognition. Official language status can lead to individually enforceable rights in legal processes, such as the right to not only speak an official language but to be heard in it without interpreter mediation, but the scope of such rights varies widely across jurisdictions thanks to the indeterminacy of official language law⁵⁴.

Administrative Fix

Where the state does institutionalize bilingualism or multilingualism into their governance, the solution they adopt tends to be an administrative one. As mentioned earlier, one method of linguistic management adopted in Canada, and followed by a number of other bilingual and multilingual jurisdictions in the West, is the setting up of a dedicated office headed by a language commissioner responsible for facilitating and monitoring government compliance with official language law. How the language commissioner is selected and who s/he reports to are not apolitical questions. Importantly, although often said to be independent, such offices are still inevitably funded by the government. Most of these government watchdogs are practically living on a shoestring. Commissioners in both Wales and Ireland have complained of inadequate funding⁵⁵, and of vulnerability to budget cuts in times

53. Joseph R. GUSFIELD, "Moral Passage: The Symbolic Process in Public Designations of Deviance", (1967) 15-2 *Social Problems* 175, online: <<https://doi.org/10.2307/799511>>; Mark TUSHNET and Larry YACKLE, "Symbolic Statutes and Real Laws: The Pathologies of the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act and the Prison Litigation Reform Act", (1997) 47-1 *Duke Law Journal* 1.

54. See J. H. C. LEUNG, *supra*, note 8.

55. Meri HUWS, "Welsh Language Commissioner's Budget 2016-2017", January 27, 2016; "Budget 2017 - Implications for the Funding of the Irish Language and the Gaeltacht", (Conradh na Gaeilge, n.d.).

of recession. Sometimes these agencies are also given conflicting roles, being responsible for both critiquing and monitoring government practices but at the same time also for the promulgation and facilitation of those same practices⁵⁶. Three further features of these offices, in particular, limit their emancipatory potential for minority language speakers. Firstly, failure to comply with official language law rarely results in legal sanction. Language commissioner offices generally do not have the power to punish non-compliance. Complainants are usually not compensated for the inconvenience they suffered either. The administrative structure provides a non-legal means of resolving grievances arising from undelivered legal promises. Secondly, these offices consist of unelected salaried officials. They are not the chosen spokespersons of minority groups, nor do they monitor the needs of minority communities. They cannot replace bottom-up advocacy. Thirdly, although official language status arises from intergroup relationships and the survival of languages and cultures is a collective concern, there is a strong tendency in these government agencies to translate group interests into matters of individual rights, which are not enforceable by individuals but only through the dedicated office. All these features give credence to the criticism of rights discourse that it risks displacing progressive social movements.

Many Asian and African bilingual and multilingual jurisdictions do not have a compliance office for their bilingual or multilingual policy. In fact, such a policy is often barely implemented. Instead, some of those jurisdictions have heritage and culture offices that are responsible for promoting and developing endogenous languages. The nature of such offices is such that there is no clearly stipulated standards or benchmark that their work needs to meet. Regardless of whether we are dealing with a language commissioner office or a heritage office, the shared feature is that these all represent administrative strategies to

56. Diarmait MAC GIOLLA CHRIOST, *The Welsh Language Commissioner in Context: Roles, Methods and Relationships*, Cardiff, University of Wales Press, 2016.

address status recognition in official language law with under-specified consequences.

Selective Equality

Distinct from linguistic accommodation that forms part of due process (such as the right to an interpreter for a defendant who cannot speak the language of the trial), many language rights enjoyed in Canada are derived from official language status. The Canadian government⁵⁷ describes linguistic equality between the two official languages in the Canadian legal system as “true equality” and “substantive equality”. The Supreme Court, in *DesRochers*⁵⁸, states, “(s)ubstantive equality, as opposed to formal equality, is to be the norm, and the exercise of language rights is not to be considered a request for accommodation.” In this case, the court understands substantive equality as something that is achieved through treating groups differently according to their situation and needs.

Regardless of how true and substantive equality is between the two official language communities, such kind of equality is not extended to other language communities. Although official multilingualism has the potential to change the lives of communities who speak an official language, we must not forget that every act of acknowledgement is simultaneously an act of denial to others who also made an identity claim. In the case of Canada, the most obvious group of the excluded others is the indigenous populations. About one million Canadians claim Aboriginal descent. Many do not speak their ancestral language, at least in part due to years of forced linguistic assimilation and neglect⁵⁹. Today only some languages spoken by indigenous populations enjoy regional recognition (in Nunavut and the Northwest Territories respectively). There have been calls to give official status to all 60 indigenous languages in Canada, with the proviso that perhaps implementation could be

57. Marie-Ève HUDON, “Bilingualism in the Federal Courts”, Publication No. 2011-40-E, Library of Parliament, Background Paper, November 30, 2011.

58. *DesRochers v. Canada (Industry)*, 2009 SCC 8, par. 31.

59. M. FETTES, *supra*, note 47.

limited to localities⁶⁰. Even with official recognition, indigenous language speakers do not enjoy the same legal rights as speakers of English or French. For example, a criminal defendant can request for a trial to be heard before an English- or French-speaking judge and jury, but Canada has consistently refused to form an indigenous jury for indigenous populations (see *Lamirande*⁶¹ and *Teerhuis-Moar*⁶²), and mastery of only an indigenous language has been one reason why indigenous persons have been excluded from jury service⁶³.

Apart from indigenous populations, who may be said to live in a state of internal colonialism, commonly excluded groups include migrants, forced labour, and refugees. There might be more grounds to exclude some of these populations in an official language policy than others – equality as citizens does not nevertheless prevent their exclusion.

The Canadian example makes it clear that it is not exactly heritage and connection to the land that justify official language status. In many African states, where a colonial language is spoken only by a small number of elites but still dominates official communication, it is clear that it is not linguistic demographics that matter either. When one considers all the people who are excluded from official recognition, then it is obvious that the linguistic equality proclaimed is a very limited kind of equality, a pragmatic kind of equality that is used to maintain power balance between the more powerful groups in a polity.

It is this balancing act that leads to the notion of equality in the official language context, a notion that is inherently more

60. “Declaring All 60 Indigenous Languages in Canada as Official Is Doable, Expert Says”, *CBC News*, July 17, 2017, online: <<http://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/indigenous-languages-in-canada-can-and-should-be-made-official-expert-says-1.3147759>>.

61. *R. v. Lamirande*, 2002 MBCA 41.

62. *R. v. Teerhuis-Moar*, 2007 MBQB 165.

63. Richard JOCHELSON et al., “Revisiting Representativeness in the Manitoban Criminal Jury”, (2015) 37-2 *Manitoba Law Journal* 365.

shallow than the kind of equality that is advocated for in human rights or natural justice. I have therefore called it *shallow equality*⁶⁴. In most bilingual and multilingual jurisdictions, regardless of whether official languages are formally equal, it is common knowledge that the official languages are not truly or substantively equal, in official treatment or in terms of the sociopolitical power that the languages signal.

Pragmatism and Identity Construction

In Canada, linguistic duality has become part of the national identity. Robert Cover famously stated that there is an epic in every constitution⁶⁵. For many states, official language status, enshrined constitutionally, is a core element of this epic. For Canada, a national narrative may be constructed which tells a story of two major groups coming together and forming a nation. English and French became official languages because they were spoken by descendants of colonial settlers who dominated the territory. As Pierre Trudeau's quote at the beginning of the paper acknowledges, these languages enjoy official recognition because of the political strength of their corresponding speaker groups. His words express a sense of inevitability – "(t)he die is cast", and there is no alternative path. Official bilingualism was much more a reactive than proactive policy. This is especially evident considering that the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism was set up in 1963 as a response to the rise of Quebec nationalism, and granting official status to English and French was a recommendation by this committee that was followed by Pierre Trudeau.

Although, from the 1970s, Canada has adopted a multiculturalist policy, there are only two federally recognized official languages. Canadian case law justifies the choice of official languages not through the use of language as a tool of commu-

64. See J. H. C. LEUNG, *supra.*, note 8.

65. Robert M. COVER, "Foreword: Nomos and Narrative", (1983) 97 *Harvard Law Review* 4.

nication⁶⁶ but through the use of language as a marker of identity. It matters not whether a defendant is fluent in an official language, if s/he chooses to be tried in another official language, s/he is entitled to do so (s.530 of the Criminal Code). As the Supreme Court in *Beaulac*⁶⁷ sees it, official language rights serve to ensure that the corresponding language groups flourish and that their cultural identity is preserved. Of course this brings up the question of why citizens belonging to other smaller linguistic groups, especially indigenous populations, do not receive the same identity protection. In recent years, support for official bilingualism among Canadians tends to embrace the commodification of linguistic capital, such as the argument that multilingualism is a useful skill in the globalized world⁶⁸. But not all languages are equally useful in the global linguistic market. Canada is well positioned in the political economy of language, in that the two languages that are dominant in the country are also dominant in the world today.

This identity rhetoric does not work well in most Asian and African multilingual jurisdictions, which became bilingual or multilingual because they have to balance between ensuring political stability – by retaining a colonial language, and recognizing local identity – by promoting the status of one or more endogenous languages. Clearly, elevating the status of an endogenous language may be used to promote local identity and contribute to the nation-building project. However, it would not be politically correct in these contexts to say that an exogenous language associated with colonial exploitation is retained to preserve the vitality of its speaker group. Instead, pragmatism – such as ensuring legal and political stability, or linguistic access to regional or global economy, is usually emphasized in justifying their retention. In order to preserve the

66. This approach justifies the need for linguistic accommodation from a natural justice perspective. For example, in the interest of fair trial and transparency, the state needs to ensure that defendants can fully comprehend a trial.

67. *R. v. Beaulac*, *supra*, note 21.

68. Tamara BALUJA and James BRADSHAW, "Is Bilingualism Still Relevant in Canada?", *The Globe and Mail*, June 22, 2012, online: <<https://www.theglobeandmail.com/news/national/is-bilingualism-still-relevant-in-canada/article4365620/>>.

coherence of a national narrative, some jurisdictions have underscored the transitional nature of this bilingual or multilingual arrangement, claimed ownership of an exogenous language by domesticating it (which contributes to the phenomenon of Global Englishes), or assigned different status labels to languages (typically, official language status is granted to an exogenous language and national language status given to endogenous languages⁶⁹).

A problem common to all bilingual and multilingual jurisdictions is that even a linguistically plural policy will inevitably fail to satisfy all identity claims that exist within a political boundary. The problem is particularly acute in Asian and African postcolonial polities, many of which have hundreds of spoken languages. In many cases there is no dominant language or lingua franca. In multi-ethnic polities, elevating one language at the expense of others can lead to violent conflicts, especially in transitional times. The colonial language thus provides a politically neutral medium of communication among diverse ethnic groups. This explains why, if postcolonial Africans have to choose one official language only, this language is almost inevitably a colonial legacy. It is unclear how the Canadian model can provide a ready solution that has 'proper regard for liberty and justice'.

It is difficult to disguise the pragmatism that underlies legal bilingualism or multilingualism, notwithstanding liberal universal values such as diversity, equality and multiculturalism that are frequently called upon in official rhetoric about such a policy. Official language status arises from a politics of difference⁷⁰, and is

69. This may mean that national languages are hardly used in official capacity. A Cameroon linguist, for example, laments that national languages in Cameroon "have no national function". Eric A. ANCHIMBE, "Functional Secession and the Future of Indigenous Languages in Africa: The Case of Cameroon", in John MUGANE et al. (eds.), *Selected Proceedings of the 35th Annual Conference on African Linguistics*, Somerville, Cascadia Proceedings Project, 2006.

70. This refers to the desire to distinguish oneself from others, as a way of negotiating one's identity. See Charles TAYLOR, *Multiculturalism and the "Politics of Recognition"*, Princeton, Princeton University Press, 1992.

never diverse or equal enough to satisfy a universalist claim. Such status recognition may however be compatible with majoritarian democracy, which respects individual equality but does not guarantee the cultural survival of minority groups. The preservation of official languages and cultures is a political project that cannot be easily justified by legal principles.

Conclusion:**Nationism, Strategic Pluralism and Linguistic Justice**

The bloom of bilingual and multilingual states across the world today definitely shows a departure from romantic or linguistic nationalism⁷¹ – the ideology of “one state, one people, one language” that underlies the notion of nation-state. One state with multiple languages has become a viable model of nation-building. Does this necessarily mean that we are marching towards a post-national era? Although Justin Trudeau claims that there is “no core identity” and “no mainstream” in Canada, Canada has not moved away from privileging the linguistic legacy of its former empires.

Canada has been the leading example of a bilingual jurisdiction, providing insights into how a legal system and public bodies may serve its multilingual citizens. It has taken bolder steps and more radical measures than most other jurisdictions in ensuring equality between its two official languages. Although aspiring to be a “truly pluralistic state”, Canada provides a less than exemplary model when it comes to its treatment of non-official languages whose speakers may also have a strong identity claim.

What underlies legal bilingualism or multilingualism is not so much nationalism or post-nationalism, but what Joshua Fishman calls *nationism*, which ‘is primarily concerned not with ethnic authenticity but with operational efficiency’⁷². Canada for-

71. Under the romantic notion of linguistic nationalism, people who share the same cultural root and speak the same language should come together and form a political unit.

72. Joshua A. FISHMAN, “National Languages and Languages of Wider Communication in the Developing Nations”, in Joshua A. FISHMAN,

mally adopted legal bilingualism when the threat of separatism was looming, to ensure the operational integrity of the state and the political legitimacy of the ruling regime. In other words, both symbolic jurisprudence and shallow equality are components of a policy of strategic pluralism that is deployed for conflict avoidance and social cohesion. Although nationalist sentiments are real, and we are seeing their resurgence today in many parts of the world, the romantic idea of linguistic nationalism has almost always remained an unrealized ideology and a myth; hardly any state in the world has a monolingual population. Linguistic nationalism does not bring together people who share the same culture and language to form a political unit; rather, it homogenizes the culture and language of the people who supposedly live within a political boundary. Both linguistic nationalism (which promotes official monolingualism) and official multilingualism have been driven by nationalism.

Nationalism explains convergences in multilingual legal practice. It is strategic pluralism that has inspired other jurisdictions to follow in Canada's footsteps. A survival instinct needs not be learnt. What Canada has provided instead is a success story of how strategic pluralism can be used to contain secessionism and to promote harmony in a diverse population. For many postcolonial Asian and African states, a colonial language retains its stronghold through local elites, but symbolic recognition of endogenous languages is required to legitimize the new political regime. Vaguely drafted official language law does not result in clear rights and duties, and paying lip service to multilingualism helps a new government gain political capital. Although legal multilingualism is about the survival of the state before it is about the survival of languages and the corresponding communities, vaguely drafted official language law disguises the difference between the two. Expectations for language rights may be created, but such rights are only a derivative, epiphenomenon. National unity as a priority also explains the administrative structure of legal

bilingualism or multilingualism. Such structures effectively turn intergroup conflicts into individual grievances that can be redressed through bureaucratic means, or living cultures into something that can be preserved in a museum. Despite potential benefits such as improving linguistic access to law and increasing employment opportunities for minorities, linguistic equality is fundamentally a measure to preserve existing power relations and does not radically elevate the political rights of linguistic minorities. The kind of linguistic equality that multilingual jurisdictions uphold shares little in spirit with the normative notion of multiculturalism, which entails equal respect for all cultures.

Although strategic pluralism is not designed to emancipate, and despite the fact that official bilingualism or multilingualism should not be taken as direct evidence of a “truly pluralistic” society, the silver lining is that it lays the foundation for legal development and norm creation. In his influential essay *Nomos and Narrative*, Robert Cover argues that law should be understood less as a set of rules and institutions or a source of power, than as a system of meaning that helps define the world we live in. Whether it is one of the objectives of lawmaking, pluralism inscribed by law may induce pluralism as a social value. Regardless of the motivation behind lawmaking, law that has been laid down may acquire a life of its own. In addition to different sociopolitical contexts, the gradual entrenchment of linguistic duality as a legal norm and the acceptance of linguistic duality as a core element of Canadian national identity by legal professionals over time may have contributed to the divergences observed earlier in this paper.

My intention here has not been to cast a cynical eye at the official language policy of Canada and other jurisdictions but rather to contribute towards a descriptive theory of legal bilingualism and multilingualism. Canada has developed a global reputation as a diverse and tolerant society; it has persisted in its multiculturalist policy amidst a global backlash against that policy⁷³. The point is

73. Keith BANTING and Will KYMLICKA, “Canadian Multiculturalism: Global Anxieties and Local Debates”, (2010) 23-1 *British Journal of Canadian Studies* 43, online: <<https://doi.org/10.3828/bjcs.2010.3>>.

that *even* for Canada, it is not clear how an official language policy can be equitable to all. Both indigenous communities and immigrants are still expected to integrate linguistically; whether the government takes a multiculturalist or a melting pot approach, language shift and loss of heritage language typically take place among migrants within three generations⁷⁴. One in five Canadians are foreign born, and their offspring will most likely become English or French speakers. On the other hand, it is not clear whether giving official status to all really promotes linguistic and cultural diversity either. Experience from other countries shows that granting official status to many languages actually leads to increased pressure to adopt a singular lingua franca⁷⁵. The challenge of achieving linguistic justice⁷⁶ in a diverse society cannot be met through official recognition, however inclusive or exclusive the recognition is. More fundamentally, official recognition is inherently counter-egalitarian; universal recognition means no recognition. Weinstock argues that status recognition is the root of the problem, and suggests that states should do nothing more than what is minimally required to effectively communicate with its citizens⁷⁷. This anti-symbolism

-
74. Hannah SLAVICK, "Language Maintenance and Language Shift among Maltese Migrants in Ontario and British Columbia", (2001) 151 *International Journal of the Sociology of Language* 131, online: <<https://doi.org/10.1515/ijsl.2001.052>>; Patrick SABOURIN, Alain BÉLANGER and Paul REEVE, "The Dynamics of Language Shift in Canada", (2016) 70-4 *Population* 727.
75. See a relevant discussion in the South African context in Max LOUBSER, "Linguistic Factors into the Mix: The South African Experience of Language and the Law", (2003-2004) 78 *Tulane Law Review* 105. There is also a parallel discussion in the EU, which has 24 official languages, about whether English should be adopted as a single working language.
76. Referring to fair distribution of resources, for speakers of different languages, in a society. That speakers of some languages need to invest more time and effort in second language learning than others in order to participate in a shared community may be considered linguistic injustice. See Philippe VAN PARIJS, "Linguistic Justice", (2002) 1-1 *Politics, Philosophy & Economics* 59, online: <<https://doi.org/10.1177/1470594X02001001003>>.
77. Daniel M. WEINSTOCK, "The Antinomy of Language Policy", in Will KYMLICKA and Alan PATTEN (eds.), *Language Rights and Political Theory*, 1st ed., 2003, New York, Oxford University Press, 2007, p. 250.

proposal is, of course, diametrically opposed to the current obsession with status symbols and recognition.

So, does the world need more Canada? As far as official language policy is concerned, if the purpose – viewed from a top-down perspective – is to secure political stability or economic opportunities, strategic pluralism may well be effective⁷⁸. The Canadian approach in official bilingualism and multiculturalism may be seen as a good way of balancing power struggles, operational efficiency, and respect for diversity. However, aspirations of the state under such an approach do not always align with the needs and desires of language communities. Taking a bottom-up perspective, it is risky for linguistic minorities to count on official language law for cultural survival. The reality, as this paper has shown, is that the emancipatory potential of officially assigned language status is inherently limited.

78. Chua provides further evidence of how hyperpowers in the world succeeded by being strategically tolerant. Amy CHUA, *Day of Empire: How Hyperpowers Rise to Global Dominance - and Why They Fall*, New York, Reprint ed. Anchor, 2009.

QUEL GENRE DE DROIT? AUTOPSIE DU SEXISME DANS LA LANGUE JURIDIQUE

par Michaël LESSARD*
Suzanne ZACCOUR**

Diriez-vous d'un tribunal dont on limite la compétence qu'on lui coupe les couilles? Diriez-vous d'une enfant violée qu'elle a vécu une « aventure sexuelle »? Diriez-vous de 30 avocates et d'un document qu'« ils » se trouvent dans la salle d'audience? Si vous avez répondu « non » à ces provocations, vous aimerez cet article. Si vous avez répondu « oui », vous en avez besoin.

*Nous traquons ici le sexisme dans la langue du droit. Effacer les femmes, pathologiser les mères, banaliser les violences: tels sont quelques-uns des effets discriminatoires de ce **sexisme langagier** que nous entreprenons de détailler sous toutes ses coutures.*

*L'analyse du sexisme langagier doit devenir un champ d'étude en bonne et due forme. À cette fin, nous offrons une nomenclature des sexismes jurilinguistiques (lexical, grammatical, terminologique...), ainsi que deux nouvelles notions: la **féminisation ostentatoire**, un féminin marquée à l'oral, et le **plafond de verre linguistique**, cette obstination à nommer au masculin les femmes occupant de hautes fonctions.*

Notre étude offre des outils aux juges, avocat-es, notaires, légistes et autres praticien·nes du droit pour démasquer le sexisme caché dans leurs communications et se familiariser avec les nouveaux développements en matière de rédaction inclusive.

*. Avocat et étudiant au doctorat en droit à l'Université de Toronto. Il détient une maîtrise en théorie du droit de l'Université de New York ainsi qu'un double baccalauréat en droit de l'Université McGill. Il a été avocat-rechercheur à la Cour d'appel du Québec.

**. Étudiante au doctorat en droit à l'Université d'Oxford. Elle est titulaire de maîtrises en droit de l'Université de Cambridge et de l'Université de Toronto ainsi que d'un double baccalauréat en droit de l'Université McGill. L'autrice et l'auteur remercient Gabriel Martin pour ses commentaires judicieux.

Would you say of a court whose jurisdiction was reduced that it was “emasculated”? Would you say of a child who was raped that she enjoyed a “sexual adventure”? Would you say of a high-ranking woman that “he” got the job? If you answered “no” to these provocations, you will enjoy this article. If you answered “yes”, you need to read it.

Here we track sexism in the language of the law. Erasing women, pathologizing mothers, normalizing violence: these are but some of the discriminatory effects of the linguistic sexism that we undertake to detail in its every shape and form.

The study of linguistic sexism must become a proper area of research. To this end, we offer a nomenclature of jurilinguistic sexism (lexical, grammatical, terminological), as well as two new notions: **ostentatious feminines** and the **linguistic glass ceiling**. The former qualifies feminine forms that are significantly different from the masculine. The latter refers to some people’s stubborn designation of women in power in the masculine form in French.

Our study offers tools for judges, lawyers, notaries, legists, and other legal practitioners to unmask the sexism hidden in their communications and familiarize themselves with new developments in inclusive writing.

SOMMAIRE

Introduction : une langue à soi.....	231
Partie 1 : Le sexisme linguistique contre la féminisation : révéler la place des femmes dans la grammaire et le droit.....	233
A. Féminisation des titres de fonction : le sexisme lexical	234
L'histoire du féminin et du masculin des noms de métier.....	234
État des lieux : les obstacles persistants à l'égalité des genres.....	236
<i>La victoire de la féminisation lexicale?.....</i>	236
<i>Le plafond de verre linguistique : l'égalité par la féminisation des titres de hautes fonctions</i>	237
<i>« La DPCP », « La Procureuse générale du Canada » :</i>	
<i>La féminisation des noms d'organismes</i>	239
<i>La féminisation ostentatoire : dire, entendre, parler le féminin</i>	243
<i>Le mégenrage et la discrimination des personnes trans.....</i>	244
<i>Les « droits de l'homme » sont-ils des droits des femmes.....</i>	246
<i>Autres expressions sexistes au masculin dans la langue juridique</i>	249
Conclusion : à nous de promouvoir la présence des femmes dans la langue.....	251
B. Féminisation des phrases : Le sexisme grammatical.....	252
Contexte historique : le masculin ne l'emportât pas toujours sur le féminin.....	252
États des lieux : outils et obstacles en matière de féminisation grammaticale	252
<i>Le masculin et le féminin dans les lois.....</i>	253
<i>Le féminin générique : une solution non sexiste permise par le droit</i>	255
<i>Rédaction épïcène, doublets, graphies tronquées et féminin générique : la féminisation des jugements</i>	259
<i>Les enjeux pour les traductrices et traducteurs</i>	262
Conclusion : le masculin ne l'emportera plus.....	264

Partie 2 : Le sexisme terminologique contre le parler féministe : déceler les biais sexistes dans la langue du droit

du droit	264
A. Culture du viol et banalisation des violences masculines ...	265
La description des violences sexuelles dans les textes juridiques	266
« Viol », « abus sexuel », « agression sexuelle » : comment nommer les violences sexuelles?	266
« Don Juan », « voler un baiser » : la banalisation des agressions sexuelles	269
La romantisation et l'euphémisation des agressions sexuelles.....	271
« Elle s'est fait violer », c'est de sa faute? Le blâme des victimes	274
Des viols sans violeurs : la déresponsabilisation des agresseurs.....	276
Conclusion : le viol n'est pas si décrié qu'on le croit...	278
La description des violences conjugales dans les textes juridiques	278
Violence « domestique », « familiale », « de genre »? Comment nommer les violences conjugales.....	278
Conflit ou violence? Le sexisme dans le récit des violences conjugales	280
Mythes et préjugés : Le blâme des victimes et la déresponsabilisation des agresseurs.....	282
Conclusion : la culture du viol s'infiltré dans le langage du droit	285
B. Discrimination dans la différence : L'essentialisation et les stéréotypes de genre dans le langage juridique.....	286
« Toutes des hystériques! » : la psychiatrisation des femmes comme discrimination langagière.....	286
La castration du droit et la glorification du « sexe masculin »	290
La division sexuelle du travail et sa naturalisation sexiste dans les lois et jugements	294
Conclusion : un·e juriste nouveau genre	297

« A woman must have money
and a [language] of her own if
she is to write »

– Virginia Woolf¹

INTRODUCTION : UNE LANGUE À SOI²

Psst! Léger coup de coude. Les interruptions sont rares en cours de droit constitutionnel. Les autres étudiant·es de première année ont le dos courbé vers l'avant, le front plissé et la main à la course, désespéré de saisir l'essentiel avant la fin de l'heure. Je me tourne vers ma voisine de classe. « Le juge Wilson... C'est une femme! » affirme-t-elle, l'air pourtant dubitatif. Je hoche rapidement la tête et rive à nouveau mes yeux sur le PowerPoint. C'est peine perdue, nous contemplons maintenant une tout autre idée. Ce droit, après tout, est peut-être aussi le nôtre...

Bertha Wilson, première femme à la Cour suprême du Canada, y est nommée en 1982. Croyez-le ou nous, nous avons pourtant longtemps pensé que « le juge Wilson » était un homme. Puis, prenant conscience de notre erreur dans ce cours de droit constitutionnel, nous avons associé notre ignorance au sentiment général d'imposture qui afflige bien des étudiant·es en droit. Nous avons sûrement mal entendu, mal lu, mal compris... Tout a changé quand nous avons commencé à en parler. Car après tout, si nous étions deux, cinq, quinze à avoir fait la même erreur, c'est que le problème était ailleurs. Le professeur avait bel et bien dit « le juge Wilson » à plus d'une occasion. C'était bel et bien écrit sur le

-
1. En hommage et en femmage à son célèbre plaidoyer pour l'indépendance économique des femmes, essentielle au développement de leur littérature : (Virginia WOOLF, *A Room of One's Own*, 1929, Hogarth Press) (en français : « Une chambre à soi »).
 2. Ce texte emploie une rédaction non sexiste, et comporte ainsi des points médians, des doublets, des termes épïcènes et du féminin générique. Pour plus de détails sur ces techniques de féminisation, voir Michaël LESSARD et Suzanne ZACCOUR, *Grammaire non sexiste de la langue française*, Saint-Joseph-du-Lac, M éditeur, 2017.

PowerPoint. Nous l'avions bel et bien lu dans certains des 1 500 jugements qui désignent cette juge au masculin.

Nous avons ainsi été trompées par une forme de sexisme qui nous était alors méconnue : celui de la langue. Un sexisme insidieux qui se manifeste lorsque Bertha Wilson devient « un juge », lorsque la Cour suprême combat l'« émasculatation » des tribunaux, ou lorsqu'un juge dit à une avocate « je ne vous demande pas d'être hystérique, je vous demande seulement de me répondre³ »! Un sexisme langagier dont il convient de recenser les symptômes, pour mieux le diagnostiquer.

Notre article a pour objectif de répertorier, nommer et catégoriser les formes que prend le sexisme dans la communication juridique. Nous divisons ce **sexisme langagier** en deux grandes familles, une division qui se reflète dans la structure de cet article. Nous abordons d'abord, dans la Partie 1, la masculinisation des phrases et des titres de fonction. « Le masculin l'emporte », dit-on. Le **sexisme linguistique** résulte d'un effort concerté pour effacer les femmes de la langue française. La réponse à un tel affront est une grammaire non sexiste qui leur redonne une visibilité dans le droit. On remarquera par exemple que la juge en cheffe du Québec n'hésite pas à écrire « un/e juge ».

Nous traitons, dans la Partie 2, du sexisme des mots et expressions au-delà de la question de la féminisation. Ce **sexisme terminologique** se manifeste lorsque des juges désignent le viol répété d'une enfant comme une « aventure sexuelle », déguisent la violence conjugale en « chicane », et accolent aux femmes des pseudo-maladies mentales comme l'« hystérie ». Ces procédés dénigrent les femmes, dissimulent les violences patriarcales et priorisent les points de vue et expériences masculines.

Sur le plan pratique, notre étude offre aux juristes des outils pour prendre conscience de leurs biais inconscients et pour se familiariser avec les nouveaux développements en rédaction juridique

3. Hébert c. R., 2014 QCCA 1441.

non sexiste. Elle permettra également aux jurilinguistes de tous horizons d'identifier de nouveaux enjeux importants pour leur pratique. Nos conclusions appellent des changements concrets dans la législation, la formation des juges et la traduction des textes juridiques.

Sur le plan théorique, nous espérons, par cette première recension du sexisme dans la langue juridique au Québec et au Canada, dresser la table pour positionner le sexisme langagier comme un champ d'étude en bonne et due forme. Nous proposons également deux nouvelles notions : la **féminisation ostentatoire** (une féminisation marquée à l'oral) et le **plafond de verre linguistique** (la masculinisation des titres de hautes fonctions lorsqu'elles sont occupées par des femmes).

Au fil de cet article, nous verrons que le droit n'est pas isolé de la langue, puisque la langue est le véhicule du droit. Un discours juridique sexiste fait ainsi obstacle à la pleine et réelle égalité des genres. Juges, avocat·es, notaires, professeur·es, arbitres, traductrices/teurs, étudiant·es, greffières/iers et légistes : nous vous mettons au défi de déraciner le sexisme dans vos propres communications.

Il s'agit, pour celles et ceux qui appuient déjà un projet d'égalité, de passer des actes à la parole.

PARTIE 1 : LE SEXISME LINGUISTIQUE CONTRE LA FÉMINISATION : RÉVÉLER LA PLACE DES FEMMES DANS LA GRAMMAIRE ET LE DROIT

Le sexisme linguistique est une forme de discrimination par le langage qui efface les femmes et les personnes non binaires⁴ des discours, notamment juridiques. Ce sexisme se manifeste dans l'emploi du masculin comme genre générique ou pour désigner des femmes, ainsi que dans l'emploi du mauvais genre pour désigner

4. Nous employons le terme *personne non binaire* pour désigner toutes les personnes dont le genre n'est pas strictement masculin ou féminin.

des personnes trans. Ces procédés marginalisent les femmes et les personnes trans et priorisent les perspectives, les existences et les réalités des hommes cisgenres⁵.

La solution au sexisme linguistique passe par la **féminisation linguistique**. On distingue la féminisation lexicale de la féminisation grammaticale. La **féminisation lexicale** requiert la désignation des femmes par des appellations féminines, et plus particulièrement la féminisation des titres de fonction. La **féminisation grammaticale**, aussi appelée **féminisation syntaxique**, implique de mettre de côté la fameuse règle « le masculin l'emporte sur le féminin » au profit de diverses stratégies assurant la représentation des femmes et l'inclusion des personnes non binaires. Ces deux formes de féminisation sont présentes dans les textes juridiques, bien que la première soit plus répandue que la seconde.

A. Féminisation des titres de fonction : le sexisme lexical

L'histoire du féminin et du masculin des noms de métier

D'où nous vient cette tendance à désigner des femmes par des titres masculins, comme lorsqu'on parle *du juge* Wilson ou d'*un professeur* femme? Elle remonte au projet misogyne d'auteurs et de grammairiens d'antan qui ont voulu écarter les femmes des positions de prestige. De nombreux titres de fonction réputés « sans féminin » (comme *auteur*, *professeur* et *écrivain*) ou encore épïcènes⁶ (comme *juge* et *notaire*) ont en réalité « perdu » leur forme féminine au cours d'un processus volontaire et concerté de masculinisation de la langue. Ainsi, certains féminins que l'on voit maintenant resurgir existaient déjà au Moyen Âge.

5. Une personne cisgenre s'identifie au genre qui lui a été assigné à la naissance.

6. On qualifie d'« épïcènes » les mots dont la forme ne varie pas au masculin ou au féminin.

Cette histoire peu connue de l'« épuration » de la langue française débute au XVII^e siècle, alors que des hommes de lettres organisent le retrait de nombreux féminins d'usage courant tels que *peintresse*, *poétesse*, *philosophesse*, *capitainesse*, *professeuse*, *compositrice* et *traductrice*⁷. Leur objectif avoué est la disparition des féminins qui désignent des fonctions considérées comme inappropriées pour les femmes. Ainsi, *autrice* (féminin d'*auteur*⁸) est pris d'assaut, alors que *spectatrice*, rôle permis aux femmes, est épargné : « Si l'on ne dit pas une femme *autrice*, c'est qu'une femme qui fait un livre est une femme extraordinaire; mais il est dans l'ordre qu'une femme aime les spectacles, la poésie, etc., comme il est dans l'ordre qu'elle soit *spectatrice*⁹ ». Il n'est donc pas question de rendre la langue plus neutre quant au genre, justification répandue aujourd'hui, mais plutôt de faire disparaître l'idée même d'une femme occupant une position de savoir, de prestige ou de pouvoir¹⁰.

La masculinisation de la langue influe également sur le lexique juridique, avec la disparition de certains féminins liés à des positions de pouvoir, dont *jugesse*, *notairesse* et *prud'femme*¹¹. L'histoire de ce dernier terme démontre que les deux sens de *féminiser* une fonction ne sont pas sans rapport¹². Au Moyen Âge, les

-
7. Éliane VIENNOT, *Non, le masculin ne l'emporte pas sur le féminin! Petite histoire des résistances de la langue française*, Donnemarie-Dontilly, Éditions iXe, 2014, p. 52 et 53; Mathilde FASSIN, « "Le masculin l'emporte sur le féminin", vraiment? », (2015) 2 *Well Well Well* 108.
 8. *Auteur* et *autrice* sont construits sur le modèle *-teur/-trice*, qui donne par exemple *acteur* et *actrice* ainsi que *spectateur* et *spectatrice*. Ces mots sont issus des latins *auctor* et *auctrix*.
 9. É. VIENNOT, préc., note 7, p. 59.
 10. Pour plus de détails sur l'histoire de la masculinisation de la langue, voir Éliane VIENNOT (dir.), *L'Académie contre la langue française : le dossier « féminisation »*, Donnemarie-Dontilly, Éditions iXe, 2015.
 11. Il est intéressant de noter que certains féminins sortis de l'usage courant sont cependant conservés dans la langue juridique, comme *demanderesse*, *défenderesse*, *venderesse*, *acqueresse* et *bailleresse*.
 12. Louise-Laurence LARIVIÈRE, « Dis-moi comment tu te nommes et je te dirai qui tu es », (2007) 26-3 *Nouvelles Questions féministes* 47; Dominique ANDOLFATTO, *L'univers des élections professionnelles: travail et société au crible des urnes*, Ivry-sur-Seine, Éditions de l'Atelier, 1992, p. 15; H. F. S.

prud'femmes tranchaient des conflits entre artisan·es, surtout dans le milieu du textile, majoritairement féminin. La Révolution française a provoqué l'abolition de la fonction en 1791. Rouverte aux hommes quinze ans plus tard, la fonction ne récupère que l'appellation masculine *prud'homme*.

Il faudra attendre 1908 avant que les femmes soient de nouveau éligibles aux conseils des *prud'hommes*. Elles devront cependant composer avec un titre masculin qui siérait davantage au prestige de la fonction. Dans son rapport de 1999, l'Institut national de la langue française suggère toujours d'employer le mot *prud'homme* pour désigner une femme occupant cette fonction¹³, en faisant ainsi *une femme prud'homme*.

État des lieux : les obstacles persistants à l'égalité des genres

La victoire de la féminisation lexicale?

Le sexisme lexical résulte donc d'un projet politique que l'on peut objectivement qualifier de misogynne, puisqu'il repose sur le mépris des aptitudes des femmes. En réponse à cet héritage, les féministes francophones ont mis en place la féminisation lexicale, qui associe aux termes masculins réputés « sans féminin » une nouvelle ou ancienne forme féminine. À partir des années 1970 et 1980¹⁴, elles reçoivent l'appui d'autorités linguistiques, notamment

CLIO, *Les mots de l'Histoire des femmes*, Presses universitaires du Mirail, 2004, p. 86.

13. Annie BECKER, Bernard CERQUIGLINI et Nicole CHOLEWKA, *Femme, j'écris ton nom : guide d'aide à la féminisation des noms des métiers, titres, grades et fonctions*, Paris, La Documentation française, 1999.
14. Au Québec, dès le 28 juillet 1979, l'Office québécois de la langue française publie un décret à la *Gazette officielle du Québec* préconisant la féminisation lexicale. Plus tard, il produit des ouvrages de référence dont le premier est : OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Titres et fonctions au féminin : essai d'orientation de l'usage*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1986. En France, voir la *Circulaire du 11 mars 1986 relative à la féminisation des noms de métier, fonction, grade ou titre*, JO, 16 mars 1986, 04267. Pour plus d'information sur l'opinion des autorités linguistiques, voir : M. LESSARD et S. ZACCOUR, préc., note 2, p. 181-185.

de l'Office québécois de la langue française (OQLF)¹⁵. Au cours des dernières décennies, des procédés de féminisation lexicale ont également été développés pour permettre une communication respectueuse des personnes non binaires.

Au Québec, le débat semble clos : les femmes doivent être désignées par des mots féminins. Le milieu juridique paraît à première vue encore plus favorable à la féminisation des titres, puisqu'il a conservé des féminins vieillis comme *demanderesse* et *défenderesse*. Pourtant, certaines appellations restent imperméables à cette norme, surtout lorsqu'il s'agit de désigner des femmes en situation de pouvoir. Quatre problèmes demeurent : le maintien d'un plafond de verre linguistique, l'emploi de féminins non ostentatoires, la désignation inappropriée des personnes trans et la réticence à féminiser des expressions juridiques consacrées.

Le plafond de verre linguistique : l'égalité par la féminisation des titres de hautes fonctions

Si la féminisation lexicale semble répandue au Québec (*la juge, l'avocate, la professeure*), des acteurs et actrices du milieu juridique rechignent encore à désigner au féminin les femmes qui occupent des fonctions traditionnellement masculines. Cette réticence à l'emploi du féminin concerne principalement les titres de fonctions prestigieuses et les noms d'organismes gouvernementaux dirigés par des femmes, ce qui donne lieu à un phénomène que nous appelons le **plafond de verre linguistique**.

Du côté des fonctions prestigieuses, la masculinisation du titre de *juge* a longtemps été la norme. En témoigne l'imposant corpus de jugements de la Cour suprême où l'on peut encore lire « le juge Wilson ». Bien que la désignation au masculin des premières femmes à la Cour suprême nous semble aujourd'hui lointaine, ce n'est qu'à partir de 2003 que l'entête des jugements de

15. Gabriel MARTIN, « Féminisation lexicale au Québec : esquisse historique », *Entrée Libre*, 28 octobre 2017, en ligne : <www.entree libre.info/2017/10/28/feminisation-lexicale-quebec-esquisse-historique>.

la Cour suprême désigne la juge McLachlin non plus comme *le juge en chef* mais bien comme *la juge en chef*¹⁶.

Cette tendance à recourir à un terme masculin pour désigner des femmes occupant une fonction traditionnellement masculine fait encore parfois résurgence, comme dans ce passage d'un jugement de 2013 où se côtoient le féminin et le masculin pour désigner une experte :

[67] *L'expert* Diane Pérusse a témoigné après avoir entendu les parties et l'enfant.

[68] Il importe de signaler que *cette psychologue* détient plus de 25 années d'expérience comme *expert psychologue* dans un contexte familial, avec plus de 1 000 expertises à son actif, qu'elle a été *chercheur* à l'Hôpital Sainte-Justine au sein du Département de psychiatrie de l'Université de Montréal et s'intéresse plus particulièrement à l'aliénation parentale¹⁷.

L'emploi des termes *expert* et *chercheur* contraste avec les pronoms féminins désignant la témoin. Il semble que cette masculinisation serve à rehausser le prestige de l'experte dont les compétences sont louées. Or, elle détonne avec l'usage au Québec et renforce le stéréotype selon lequel l'expertise et la recherche sont des domaines réservés aux hommes. *Experte*¹⁸ et *chercheuse*¹⁹ auraient été préférables pour témoigner que la compétence se conjugue aussi au féminin.

16. Comparer les affaires *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, et *R. c. Wise*, 2003 CSC 1.

17. *Droit de la famille* — 13453, 2013 QCCS 793, par. 67 et 68 (l'italique est de nous). Dans un même ordre d'idées, voir l'affaire *Droit de la famille* — 16757, 2016 QCCS 1466, par. 8.

18. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Banque de dépannage linguistique*, « Appellations de personnes commençant par E », 2002, en ligne : <bdl.oqlf.gouv.qc.ca/bdl/gabarit_bdl.asp?id=1917>.

19. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Banque de dépannage linguistique*, « Appellations de personnes commençant par C », 2002, en ligne : <bdl.oqlf.gouv.qc.ca/bdl/gabarit_bdl.asp?id=1914>.

La masculinisation des titres invisibilise d'autant plus les femmes d'influence lorsqu'on omet leur prénom, comme l'illustre un jugement de la Cour suprême. Seul le pronom *elle* révèle que la professeure Katherine Swinton est une femme :

Dans son analyse de cette question, *le professeur Swinton* souligne que certains articles de la Charte pourraient appuyer la thèse de son applicabilité aux litiges privés, mais *elle* prend bien soin de préciser qu'une vue d'ensemble de la Charte exclut, à son avis, son application aux actions privées²⁰.

La masculinisation récurrente des titres de fonctions prestigieuses contamine nos idées et nos représentations mentales. Une étude publiée en 2008 a mesuré cet effet en demandant à des participantes de nommer *un artiste, un héros, un candidat au poste de premier ministre ou un professionnel*, et en comparant les réponses avec celles générées par une formulation épïcène : « En moyenne, 23 % des représentations mentales sont féminines après l'utilisation d'un générique masculin, alors que ce même pourcentage est de 43 % après l'utilisation d'un générique épïcène²¹ ». Le sexisme lexical risque ainsi de ralentir la progression des femmes vers l'égalité au travail.

« La DPCP », « La Procureuse générale du Canada » : La féminisation des noms d'organismes

Comme pour les titres de fonctions prestigieuses, la féminisation des organismes portant un nom genré s'opère lentement. S'il est maintenant d'usage de désigner la *Procureure générale* au féminin, il en est autrement pour la *Directrice des poursuites criminelles et pénales (DPCP)*. La différence peut s'expliquer par l'habitude. En effet, la première procureuse générale

20. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, par. 29 (l'italique est de nous).

21. Markus BRAUER et Michaël LANDRY, « Un ministre peut-il tomber enceinte? L'impact du générique masculin sur les représentations mentales », (2008) 108 *L'Année psychologique* 243.

du Québec, M^e Linda Goupil, est entrée en fonction le 15 décembre 1998²². Le titre féminin en *-eure* s'est alors installé lentement. La première mention de l'organisme au féminin répertoriée dans la jurisprudence date d'avril 1999²³. Elle est alors noyée parmi de nombreux jugements conservant le masculin. Maintenant 20 ans plus tard, alors qu'une quatrième femme occupe cette fonction, l'usage féminin s'est répandu parmi les acteurs et les actrices du milieu juridique, bien qu'il y ait encore quelques accrocs²⁴.

La directrice des poursuites criminelles et pénales semble rencontrer la même résistance que la première procureuse générale. Entrée en fonction le 14 janvier 2015, M^e Annick Murphy est la première femme à la direction de la DPCP²⁵, un exploit qui demeure méconnu en raison de la persistance, dans les jugements comme dans les médias, du masculin *le DPCP*. La première décision répertoriée où l'organisme est désigné au féminin date du 12 février 2015²⁶, mais la vaste majorité des tribunaux nomment toujours l'organisme au masculin, créant ainsi une incongruité entre *la Procureure générale* et *le Directeur des poursuites criminelles et pénales*.

Cette résistance à adapter le nom des organismes au genre de la personne qui les dirige témoigne du phénomène de plafond de verre linguistique dans le milieu juridique : les femmes parviennent

22. ASSEMBLÉE NATIONALE, « Linda Goupil », avril 2014, en ligne : <www.assnat.qc.ca/fr/deputes/goupil-linda-3501/biographie.html>.

23. *Québec (Procureure générale) c. Allard*, 1999 CanLII 20725 (QC C.A.).

24. Voir l'affaire *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14. Voir également cet exemple où la procureuse générale du Québec est désignée au féminin et celle du Canada au masculin (*John Louis Steven Rice, et al. c. Procureur général du Canada, et al.*, 2016 CanLII 89833 (C.S.C)), alors que le jugement porté en appel désigne les deux au féminin (*Rice c. Agence du revenu du Québec*, 2016 QCCA 666).

25. DIRECTEUR DES POURSUITES CRIMINELLES ET PÉNALES, « Me Annick Murphy, Ad. E. », 2019, en ligne : <www.dpcp.gouv.qc.ca/dpcp>.

26. *Directrice des poursuites criminelles et pénales c. Skyservice FBO inc.*, 2015 QCCS 6714. Pour la Cour d'appel du Québec, voir la décision du 4 mars 2015 dans l'affaire *Labossière c. Directrice des poursuites criminelles et pénales*, 2015 QCCA 419.

à briser le plafond de verre en atteignant des fonctions de prestige, mais leur succès est masqué par la masculinisation de leur titre. Ainsi, malgré l'arrivée au Barreau de nouvelles cohortes majoritairement composées d'avocates²⁷, la langue peine à rendre compte de cette réalité.

Dans une profession historiquement dominée par les hommes, la visibilité des modèles féminins revêt une importance capitale pour inspirer les jeunes ou futures avocates. En négligeant de féminiser des titres comme *Directeur des poursuites criminelles et pénales*, *Procureur général du Québec* ou *Procureur général du Canada*, le corpus juridique renforce l'association persistante de la figure de juriste à la silhouette masculine.

À la nécessité de féminiser les noms d'organismes dirigés par des femmes, on pourrait répondre que des termes comme *Directeur* ou *Procureur* désignent l'office plutôt que la personne qui l'occupe : ce n'est pas M^e Murphy qui prend *personnellement* part à l'instance. Cet argument est peu convaincant. Premièrement, remarquons l'exception la plus visible à la masculinisation des titres, soit l'emploi de *Sa Majesté la Reine*. Il semble que l'habitude de voir monter au trône des hommes et des femmes ait facilité l'alternance entre *le Roi* et *la Reine* dans les intitulés de cas²⁸ et même le nom des tribunaux²⁹. Or, il est évident que, lorsque le *Roi* ou la *Reine* est partie à une instance, c'est l'institution gouvernementale qui est impliquée, et non le ou la monarque *personnellement*. Le même raisonnement s'applique à la DPCP et à la Procureure générale.

27. BARREAU DU QUÉBEC, *Barreau-mètre 2015; La profession en chiffres*, Montréal, Barreau du Québec, 2015.

28. Voir : *Inter-City Transport Ltd. c. La Reine*, [1953] B.R. 182; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *Manos v. The King*, [1953] 1 S.C.R. 91.

29. La Nouvelle-Écosse prévoit d'ailleurs ce qui suit dans l'*Interpretation Act*, RSNS 1989, c. 235, art. 9(6) : « Where in an enactment the Sovereign is referred to or a person, body, office, officer, place, property, article or thing is described or qualified by words descriptive of the Sovereign, the reference or words shall be read as if written in the masculine gender when the Sovereign is male and as if written in the female gender when the Sovereign is female. »

Deuxièmement, les termes *Directeur* ou *Procureur* sont des titres de fonction et non des titres d'unité administrative. Si l'on avait voulu que le nom de l'organisme soit immuable, on aurait pu choisir *Direction des poursuites criminelles et pénales*. Au fédéral, l'organisme homologue est d'ailleurs le *Service des poursuites pénales et criminelles*. Quand le nom de l'organisme calque le nom de la fonction du *directeur* et du *procureur*, il y a lieu d'employer le genre de la personne à sa tête.

Troisièmement, la loi constitutive ne fait pas non plus obstacle à la féminisation du titre, bien que l'organisme y soit désigné au masculin. Les lois d'interprétation prévoient que le genre masculin dans la législation comprend aussi le genre féminin³⁰. En ce sens, si la loi constitutive prévoit la formation du *Procureur général*³¹ ou du *Directeur des poursuites criminelles et pénales*³², elle prévoit nécessairement la constitution de la *Procureure générale* et de la *Directrice des poursuites criminelles et pénales*. De plus, la charge canadienne de monarque est libellée au féminin dans la *Loi constitutionnelle de 1867*³³ et dans la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁴. Malgré cela, il est d'usage au Canada de ne pas désigner les monarques masculins comme étant *la Reine*.

En somme, la communauté juridique peine encore à rendre visibles les femmes qui percent le plafond de verre en exerçant des fonctions de pouvoir, d'autorité ou de prestige. Si les *Madame le juge* ont (presque) disparu de la pratique, quelques écrits juridiques rapportent toujours la présence de femmes en employant le masculin, et les noms d'institutions ne s'adaptent que trop lentement au genre de la personne qui les dirige.

30. Voir, par exemple, la *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 53.

31. *Loi sur le ministère de la Justice*, RLRQ, c. M-19, art. 2 et 4.

32. *Loi sur le directeur des poursuites criminelles et pénales*, RLRQ, c. D-9.1.1, art. 1.

33. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 9.

34. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 41(a).

La féminisation ostentatoire : dire, entendre, parler le féminin

La féminisation lexicale implique parfois un choix entre plusieurs formes féminines concurrentes, certaines rendant plus visibles les femmes que d'autres. Nous nommons **féminisation ostentatoire** le recours à une forme féminine qui se distingue de la forme masculine à l'écrit et à l'oral. Le féminin ostentatoire *chercheuse* est alors préféré à *chercheure*, *procureuse* à *procureur* et *magistrate* à *juge*. Or, certains textes juridiques emploient des formes féminines presque identiques à la forme masculine, et ce, même lorsque ces termes ont été rejetés par l'Office québécois de la langue française. Cet emploi de formes féminines non ostentatoires invisibilise les femmes, particulièrement lorsque le discours juridique est porté à l'oral.

À titre d'exemple, le terme *demandeure d'asile* est répertorié quelques milliers de fois dans la jurisprudence. *Demandeure* n'est pourtant pas reconnu par l'OQLF, qui retient plutôt *demandeuse* ou *demanderesse*³⁵. Il en va de même pour le terme *chercheure*, rejeté par l'OQLF au bénéfice de *chercheuse*³⁶. À l'oral, parler des besoins spécifiques des *demandeuses d'asile* et des idées proposées par les *chercheuses* dissimule les femmes concernées. Si le féminin est (à peine) visible à l'écrit, on entend à l'oral *demandeurs d'asile* et *chercheurs*.

La féminisation non ostentatoire est particulièrement répandue pour éviter l'emploi de féminins en *-euse*, terminaison traditionnellement jugée vulgaire. Bien que les règles de grammaire prévoient que les masculins en *-eur* ont généralement des féminins en *-euse*, la terminaison irrégulière en *-eure* est parfois préférée pour éviter une connotation péjorative. Dans ses ouvrages, l'OQLF argumente que, bien que plusieurs féminins en *-euse* désignent des caractéristiques peu prisées (*niaiseuse*, *jacasseuse*, *colleuse*,

35. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Banque de dépannage linguistique*, « Appellations de personnes commençant par D », 2002, en ligne : <bdl.oqlf.gouv.qc.ca/bdl/gabarit_bdl.asp?t1=1&id=1915>.

36. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 19.

mielleuse, etc.), la connotation négative de ces mots en *-euse* « ne doit pas faire oublier la régularité du procédé de formation sous-jacent³⁷ ». Aussi, l'autorité linguistique précise que cette impression négative « s'estompera avec l'usage [des féminins appropriés], comme c'est le cas avec les mots nouveaux ».

Si l'emploi de féminins non ostentatoires est dû à l'ignorance de la forme féminine appropriée ou encore à l'envie d'atténuer l'aspect péjoratif de la forme féminine régulière, il en résulte une difficulté à faire apparaître les femmes, particulièrement dans les communications orales. La féminisation ostentatoire est plus efficace pour rendre les communications non sexistes et pour estomper par l'usage les connotations péjoratives des terminaisons féminines.

Le mégenrage et la discrimination des personnes trans

La désignation des personnes trans soulève des défis pour la communauté juridique encore campée dans une appréciation du genre comme binaire et immuable. Dans ce contexte, la féminisation lexicale pose principalement deux enjeux : la désignation des personnes dans des documents appelés à perdurer dans le temps et la désignation des personnes non binaires.

Puisqu'il faut discuter des personnes en employant le genre auquel elles s'identifient, la désignation des hommes et des femmes trans ne présente habituellement pas de défi particulier. Cependant, lorsque vient le temps d'inscrire une personne dans un document appelé à perdurer, peu de textes rendent compte de la possibilité que cette personne change de mention du sexe ou même de prénom.

37. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Banque de dépannage linguistique*, « Les noms en *-eur* et en *-euse* », 2002, en ligne : <bdl.oqlf.gouv.qc.ca/bdl/gabarit_bdl.asp?id=3940>. Notons que les noms en *-euse* n'ont pas tous une connotation péjorative : *chanteuse*, *amoureuse*, etc.

Dans le contexte du notariat, il est d'usage de formuler un legs en référant au prénom d'une personne et à sa position par rapport à la testatrice ou au testateur. Un legs sera, par exemple, en faveur de « ma fille Manon ». Or, « [s]i d'aventure Manon devenait Roger³⁸ », Audrée Sirois et Jean-Sébastien Sauvé argumentent que le legs pourrait engendrer des difficultés d'exécution. Dans l'éventualité où le ou la défunt·e s'opposait à l'émancipation de son enfant, on pourrait même se demander si le terme « fille » est une condition au legs.

Ces réflexions s'appliquent également à la rédaction de contrats ou de jugements. Un·e juriste averti·e pourra prendre soin d'adopter une rédaction non genrée ou d'insérer des éléments contextuels, comme l'adresse civique, pour faciliter l'identification d'une personne indépendamment d'une transition légale.

La féminisation lexicale concerne également la désignation des personnes qui ne sont ni homme ni femme, notamment les personnes non binaires, agenres ou fluides dans le genre. Le défi résulte dans la traduction du genre non binaire d'une personne dans une langue où les mots sont, selon la pensée dominante, exclusivement de genre féminin ou masculin³⁹. Bien que ces enjeux ne soient pas nouveaux, ils intéresseront sans doute de plus en plus la communauté juridique dans le contexte d'une reconnaissance accrue des droits des personnes trans⁴⁰, et notamment alors que le gouvernement fédéral permet désormais la mention du « X » dans les passeports, pour indiquer un « sexe » qui est « non spécifié⁴¹ ».

38. Audrée SIROIS et Jean-Sébastien SAUVÉ, « Changement de la mention du sexe : des défis pour les notaires », (2017) 1-2 *C.P. du N.* 283, 314.

39. Pour une discussion sur le « genre épïcène », voir Gabriel MARTIN, « La queerisation du français – La création du genre épïcène », *Le Collectif*, 15 novembre 2016, en ligne : <www.lecollectif.ca/la-queerisation-du-francais-la-creation-du-genre-epicene>.

40. Voir, par exemple, Jens M. SCHERPE, « Changing One's Legal Gender in Europe – The W Case in Comparative Perspective », (2011) 41 *Hong Kong Law Journal* 109.

41. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le ministre Hussen annonce que de grands progrès ont été faits pour favoriser l'égalité des genres en modifiant les passeports et les documents d'immigration*, 24 août 2017, en ligne :

Plusieurs techniques de féminisation permettent de désigner les personnes dont le genre est inconnu ou non binaire. L'emploi de graphies tronquées (par exemple, *l'employé·e*), de néologismes (par exemple, *iel* comme pronom personnel épïcène⁴²) ou d'une rédaction épïcène (par exemple, *la partie demanderesse*, *le parent*) permet de rendre compte des réalités des personnes non binaires de façon respectueuse. Ces techniques demeurent cependant encore sous-exploitées au sein de la communauté juridique.

Les « droits de l'homme » sont-ils des droits des femmes?

Les stratégies de féminisation lexicale peuvent être appliquées à différentes classes de mots (noms, adjectifs, déterminants, etc.) et à divers types de communication (lois et jugements, mais aussi plaidoiries, cours de droit, actes de procédure, etc.). Un problème particulier peut survenir relativement à des expressions juridiques consacrées, cristallisées au masculin. Celles-ci échappent parfois à la féminisation par crainte qu'une modification du libellé n'altère l'essence juridique de l'expression. L'expression *droits de l'homme* offre un exemple qui résiste à la féminisation, surtout en France. Au Québec, on parlera plutôt de *droits de la personne* ou, dans un contexte plus international, de *droits humains*, expression qui gagne aussi en popularité en France⁴³.

Le maintien au masculin des expressions consacrées priorise les perspectives masculines. D'abord, la mention d'*homme* à des fins génériques est indissociable de l'histoire de ce terme, les expressions consacrées ayant historiquement été articulées pour ne

<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/nouvelles/2017/08/le_ministre_hussenannoncequedeggrandsprogresontetefaitspourfavori.html>.

42. Terme de plus en plus employé, *iel* est issu de la contraction phonétique de *il* et de *elle*. D'autres pronoms épïcènes comme *ille* sont également employés.

43. RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, HAUT CONSEIL À L'ÉGALITÉ ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES, *Pour le remplacement de « Droits de l'Homme » par « Droits Humains »*, 13 avril 2015, en ligne : <www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/stereotypes-et-roles-sociaux/actualites-3/article/droits-humains-ou-droits-de-l>.

parler que des hommes. Ensuite, le fait de ne pas nommer les femmes et les personnes non binaires masque les lacunes de ces expressions. Lorsqu'on parle de *droits de l'homme*, on pense rarement à garantir à chaque personne le droit de déterminer son genre légal et le droit d'opérer une transition en ce sens. En outre, le droit à l'avortement est-il un *droit de l'homme*⁴⁴?

Dans l'imaginaire francophone, l'expression *droits de l'homme* renvoie à la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 qui excluait, entre autres, les femmes. Il n'était alors pas question de sexisme linguistique tel que nous l'entendons ici, mais plutôt de discrimination assumée. L'androcentrisme de la *Déclaration* avait même été dénoncée à l'époque, notamment avec la rédaction par Olympe de Gouges, en 1791, de la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*. Cette femme de lettres et révolutionnaire y affirmait en riposte l'égalité entre les femmes et les hommes. Conserver une expression qui non seulement désigne explicitement les hommes, mais en plus précède de loin l'égalité formelle, sous prétexte que l'expression serait générique, est un argument truffé de contradictions.

Le substantif *homme* employé pour se référer tantôt au genre masculin, tantôt à l'espèce humaine est par ailleurs essentiellement ambigu. On tentera parfois de lever l'incertitude par l'emploi d'une majuscule. Or, *droit de l'Homme* et *droits de l'homme* sont indistinguables à l'oral. Par ailleurs, bien que l'on cherche ainsi à prétendre à une plus grande universalité, « dans un contexte concret, [le terme *homme*] évoque d'abord les individus de sexe masculin, et ensuite seulement les femmes⁴⁵ ».

44. Évidemment, l'emploi de termes féminisés ne résout pas, à lui seul, les problèmes de sexisme qui habitent le droit. Une communauté juridique peut emprunter l'expression *droits de la personne* tout en pénalisant le recours à l'avortement. Or, le recours au masculin légitime la mise en place de mesures sexistes et cissexistes en occultant les femmes et les personnes trans qui en sont victimes.

45. Breda PAVLIC (dir.), *Pour l'égalité des sexes dans le langage*, Paris, UNESCO, p. 7, en ligne : <www.hecr.tifr.res.in/~bsn/IITB/unesco.pdf>.

Sur la scène internationale, les difficultés qu'engendrent les tentatives d'employer *homme* à des fins génériques se font sentir. Plusieurs instruments relatifs aux *droits de l'homme* prévoient explicitement l'égalité entre les femmes et les hommes⁴⁶. Ces textes sont parfois complétés de documents concernant plus précisément les femmes, ce qui donne des titres comme *Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique*⁴⁷. Cette combinaison renforce les associations homme-universel et femme-particulier. Les droits des femmes sont alors une sous-catégorie des *droits de l'homme*, l'égalité de considération devenant impossible.

Au Canada, pour ces motifs, l'expression épïcène *droits de la personne* est préférée. Le terme, privilégié par l'OQLF⁴⁸, se trouve notamment au Québec dans la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴⁹ ainsi qu'en Ontario dans le *Code des droits de la personne*⁵⁰. L'expression *droits de la personne* permet de distinguer les droits fondamentaux des droits extrapatrimoniaux désignés par *droits des personnes*. Les lois adoptées au cours des dernières décennies se distinguent des textes plus anciens. Le préambule de la *Déclaration canadienne des droits* de 1960 précise que cette loi a « pour objets la reconnaissance et la protection des droits de

46. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5, art. 14 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953); *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, Conférence spécialisée interaméricaine sur les droits de l'Homme, art. 1; *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 18^e Conférence de l'Organisation de l'unité africaine, 1981, art. 2; *Charte arabe des droits de l'homme*, Ligue des États arabes, 2004, art. 3(c).

47. *Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique*, 2^e session ordinaire de la Conférence de l'Union, 11 juillet 2003 (nos soulignements); *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, A.G.N.U., 1979.

48. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Banque de dépannage linguistique*, « L'emploi de "homme" et de "femme" », en ligne : <bdl.oqlf.gouv.qc.ca/bdl/gabarit_bdl.asp?id=3956>.

49. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

50. *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H-19.

l'homme et des libertés fondamentales⁵¹ ». Le Parlement fédéral rectifie le tir dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁵². Cet effort de rédaction juridique épïcène a été remarqué par l'Unesco. En 1999, cette organisation propose un délaissement de *droits de l'homme* au profit de *droits de la personne* sur la scène internationale⁵³.

Autres expressions sexistes au masculin dans la langue juridique

Ces réflexions se transposent à une multitude de termes juridiques cristallisés au masculin, plaçant les hommes comme étalon du comportement humain raisonnable ou comme *le* justiciable visé par les politiques publiques. Des expressions masculines flagrantes, comme *bon père de famille* et *homme raisonnable*, ont certes été remplacées, mais des articulations particularisées du test de la *personne raisonnable* demeurent au masculin. Par exemple, la faute civile policière est presque toujours évaluée selon le standard du *policier raisonnable*, sans égard pour la *policrière raisonnable*⁵⁴. Ces termes participent d'une tradition où tout·e actrice ou acteur d'une situation juridique sera nommé·e au masculin. On recense encore des termes tels *droit d'auteur*⁵⁵ et *droit à l'avocat*. *Le législateur* est toujours préféré à *l'assemblée législative*, ou encore à *la législatrice*.

Malgré tout, des juges peuvent individuellement critiquer les expressions consacrées au masculin et en proposer la féminisation, comme cela a été le cas pour la maxime *la maison d'un homme est*

51. *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44 (l'italique est de nous).

52. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6.

53. B. PAVLIC, préc., note 45.

54. Comparer les affaires *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41 et *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, 2017 QCCA 1919, par. 74-104.

55. L'expression *droit d'auteure* est rarement employée : *Set N.L. c. Québec (Travail, Emploi et Solidarité sociale)*, 2016 CanLII 7032 (QC T.A.Q.); *Setym International Inc. c. Belout*, 2001 CanLII 24941 (QC C.S.). Parler de *redevances* serait une option épïcène.

son château. Un arrêt de 2011 de la Cour d'appel de l'Ontario modernise cette phrase archaïque :

[37] [...] it is well-established at common law that different considerations apply where a person is attacked in his or her own home. These considerations are encapsulated in the rather archaic maxim "*a man's home is his castle*." [...]

[38] The maxim that a man's home is his castle has given rise to the principle that *a person* has the right to defend *him or herself* in *his or her* own home without the duty to retreat from the home in the face of an attack⁵⁶.

Déjà en 1990, à l'occasion du jugement de principe sur la légitime défense en présence d'un « syndrome de la femme battue », la juge Wilson avait dévoilé les limites de l'androcentrisme de cet adage :

Je souligne à ce stade-ci qu'il n'appartient nullement au jury de porter un jugement sur le fait qu'une femme battue inculpée est restée avec l'homme qui l'agressait [...] *La maison d'un homme est peut-être son château, mais c'est aussi le foyer de la femme, même si elle peut lui paraître davantage comme une prison dans les circonstances*⁵⁷.

En somme, de nombreux efforts ont été mis en place pour remplacer les expressions juridiques consacrées au masculin par des termes épïcènes. Or, ce processus de féminisation – ou de neutralisation – doit également être soumis à une observation critique. Plusieurs autrices soulignent le biais sexiste qui peut se cacher derrière des formulations épïcènes qui semblent objectives. Parmi les termes les plus étudiés, *la personne raisonnable* peut cacher une perspective masculine de la raisonnable, sans parler du biais cisgenre, blanc, sans handicap, etc.⁵⁸ Une rédaction inclusive ne suffit pas à pallier le sexisme des acteurs et actrices juridiques.

56. R. v. Forde, 2011 ONCA 592, par. 37-38 (l'italique est de nous).

57. R. c. Lavallee, [1990] 1 R.C.S. 852, p. 889 (l'italique est de nous).

58. Mayo MORAN, *Rethinking the Reasonable Person: An Egalitarian Reconstruction of the Objective Standard*, Oxford, Oxford University Press,

Le « dégenrage » des expressions juridiques emporte également son lot de problèmes en matière de représentation de la réalité des femmes. Les notions de *parent gardien* et de *parent non gardien*, par exemple, risquent de faire oublier quel genre se retrouve avec l'écrasante majorité des responsabilités associées à la garde, et lequel bénéficie des droits associés à l'accès⁵⁹. De même, les notions de *droit à l'égalité*, de *discrimination basée sur le sexe* ou de *discrimination de genre* sont critiquées pour leur promotion d'une conception formelle de l'égalité au détriment d'une reconnaissance d'une discrimination non pas *basée sur le sexe* mais bien *envers* les femmes et les autres genres marginalisés. Parallèlement à la neutralisation du droit, l'application de normes genrées et l'explicitation du genre sont également proposées, par exemple avec l'emploi du standard de la *femme raisonnable* dans le contexte de recours pour harcèlement sexuel⁶⁰.

Conclusion : à nous de promouvoir la présence des femmes dans la langue

Le progrès vers une plus grande féminisation de la langue permet une certaine dose d'optimisme quant à l'élimination du sexisme lexical dans le discours juridique. Cependant, les enjeux de féminisation lexicale ne sont pas derrière nous, puisque la réalisation de communications qui favorisent une féminisation ostentatoire, complète et inclusive demeure à certains égards un projet inachevé. Il revient à chacun·e d'entre nous de s'emparer des principes de la féminisation lexicale et de les appliquer de façon cohérente et rigoureuse à chaque prise de parole.

2003; Joanne CONAGHAN, « Tort Law and the Feminist Critique of Reason », dans Anne Bottomley, *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law*, Londres, Cavendish, 1996; Denise G. REAUME et Shauna VAN PRAAGH, « Family Matters: Mothers as Secondary Defendants in Child Sexual Abuse Actions », (2002) 17 *S.C.L.R.* 179.

59. La juge L'Heureux-Dubé prend soin de nommer cette inégalité dans l'affaire *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 52.

60. Louise LANGEVIN, « Responsabilité extracontractuelle et harcèlement sexuel: le modèle d'évaluation peut-il être neutre? », (1995) 36 *C. de D.* 99.

B. Féminisation des phrases : le sexisme grammatical

Contexte historique : le masculin ne l'emportât pas toujours sur le féminin

Le masculin l'emporte sur le féminin. La règle semble claire, naturelle, immuable. Il en a toujours été ainsi, peut-on penser. Or, la prédominance du masculin n'a été imposée qu'au XVII^e siècle, avant quoi plusieurs règles d'accord étaient d'usage, notamment l'accord de proximité qui commande l'accord de l'adjectif avec l'élément le plus proche auquel il se rapporte. On aurait dit : *ces avocats et ces avocates sont intelligentes* ou *ces avocates et ces avocats sont éloquents*. À la même époque où des termes féminins étaient retirés de la langue, des grammairiens ont également voulu asseoir la suprématie du masculin dans les accords. Il a donc été jugé que le masculin devait l'emporter sur le féminin, « le genre masculin étant le plus noble⁶¹ » en raison de « la supériorité du mâle sur la femelle⁶² ». La prédominance grammaticale du masculin résulte d'un projet politique sexiste.

États des lieux : outils et obstacles en matière de féminisation grammaticale

En réponse à cette masculinisation de la langue, des techniques de féminisation grammaticales se sont développées au cours des dernières décennies⁶³. Ce processus a timidement débuté par l'ajout d'une notice indiquant que « le masculin est utilisé sans discrimination des genres pour alléger le texte ». Cette stratégie étant incapable de rendre réellement visibles les femmes et les personnes non binaires, de nombreuses autres techniques ont été élaborées⁶⁴.

61. Céline LABROSSE, *Pour une grammaire non sexiste*, Montréal, Remue-ménage, 1996, p. 27 : citation de Vaugelas (1647).

62. *Id.*, p. 28 : citation de Beauzée (1767).

63. Jacqueline LAMOTHE et Céline LABROSSE, « Un fragment de féminisme québécois des années 1980 : la féminisation linguistique », (1992) 5-1 *Recherches féministes* 143.

64. Nous les recensons dans M. LESSARD et S. ZACCOUR, préc., note 2.

Malgré des avancées qui ont, à différents degrés, percolé dans les milieux scolaires, syndicaux, activistes et politiques, force est de constater que le masculin l'emporte toujours dans le discours juridique. En matière de lois, de jugements, de doctrine, de plans de cours, de contrats ou de plaidoiries, le masculin est le plus souvent employé. Certaines actrices et acteurs font néanmoins exception, notamment des juges des tribunaux d'appel et quelques assemblées législatives.

Le masculin et le féminin dans les lois

Les lois peuvent être rédigées au masculin générique, au féminin générique ou avec des doublets. Le masculin générique consiste en l'emploi de formulations masculines pour désigner tous les genres, par exemple *le vendeur garantit contre les vices cachés*. Cette construction peut être accompagnée d'une notice explicative, comme « le masculin est utilisé pour alléger le texte ». Autrefois recommandée, cette approche est maintenant condamnée par l'Office québécois de la langue française, puisqu'elle « ne permet pas l'emploi des noms féminins et empêche par le fait même d'accorder une certaine visibilité aux femmes⁶⁵ ». Nous dirions même que cette stratégie n'accorde aucune visibilité aux femmes. L'ordre de lire le féminin est loin d'équivaloir à l'emploi littéral du féminin.

Le masculin générique demeure malgré tout d'usage courant dans les lois. Au Québec, en Saskatchewan⁶⁶ et en Nouvelle-Écosse⁶⁷, les lois d'interprétation font alors office de « notice » précisant la visée générique du masculin⁶⁸. Au Québec :

53. Le genre masculin comprend les deux sexes, à	53. The masculine gender shall include both sexes,
--	--

65. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Banque de dépannage linguistique*, « Questions fréquentes sur la féminisation », en ligne : <bdl.oqlf.gouv.qc.ca/bdl/gabarit_bdl.asp?id=4015#question3>.

66. *Loi d'interprétation de 1995*, L.S. 1995, c. I-11.2, art. 26(2).

67. *Interpretation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 235, art. 10(h).

68. Notons que ces lois ne font pas mention des personnes non binaires et prévoient que le masculin inclut le féminin, plutôt que tous les genres.

moins que le contexte n'indique le contraire.

unless the contrary intention is evident by the context⁶⁹.

L'emploi du masculin générique dans le corpus législatif défie symboliquement la notion d'égalité devant la loi, qui semble alors ne s'intéresser qu'aux hommes. Cette position est de plus en plus reconnue au sein de la communauté juridique. Le ministère de la Justice du Canada précise que :

[g]ender neutrality is important when writing about people because it is more accurate – not to mention respectful – and is consistent with the values of equality recognized, for example, in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is also professionally responsible⁷⁰.

De surcroît, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada prévoit dans ses directives de rédaction législative qu'il y a lieu « d'éviter toute caractérisation sexuelle », en rappelant que « le texte s'adresse aux femmes autant qu'aux hommes⁷¹ ». Elle recommande de recourir à la rédaction épicène.

En outre, l'emploi du masculin à des fins génériques donne lieu à certaines incongruités. Par exemple, dans un projet de loi fédéral qui espère redonner aux victimes d'agression sexuelle confiance en le système de justice, il est question de *survivants d'actes de violence sexuelle* et jamais de *survivantes*⁷². Une telle formulation occulte le caractère genré des violences sexuelles.

69. *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 53.

70. GOUVERNEMENT DU CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Legistics Gender-neutral Language*, 7 janvier 2015, en ligne : <canada.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/legis-redact/legistics/p1p15.html>.

71. CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *Rapport du comité chargé d'élaborer un protocole de rédaction législative bilingue pour l'harmonisation à l'intention de la Conférence des lois au Canada (Rapport Majoritaire)*, art. 3.

72. *Loi modifiant la Loi sur les juges et le Code criminel (agression sexuelle)*, projet de loi n° C-337 (troisième lecture – 15 mai 2017), 1^{re} sess., 42^e légis. (Can.), préambule.

Le projet de loi sur la laïcité de l'État québécois, interdisant le port de signes religieux pour un grand nombre d'employé·es de l'État, offre un autre exemple frappant⁷³. Les débats publics et le contexte politique rendent évident que cette interdiction vise principalement les femmes voilées de confession musulmane. Pour la défendre, le gouvernement prend soin de souligner la présence des femmes en rappelant l'importance de « l'égalité de tous les citoyens et citoyennes⁷⁴ ». Pourtant, lorsque vient le temps de lister les employé·es affecté·es par les nouvelles mesures prohibitives, le gouvernement en dresse la liste au masculin uniquement – un enseignant, un avocat, un agent de la paix, etc.⁷⁵ La dissonance langagière est politiquement chargée : le projet a pour prétexte de libérer les femmes – qui méritent d'être nommées –, et pour méthode de restreindre les droits de ces mêmes femmes – qui tout d'un coup disparaissent.

Le féminin générique : une solution non sexiste permise par le droit

Alors que le masculin générique domine le corpus des lois canadiennes, l'emploi du féminin à des fins génériques est également possible. Il est prévu par les lois d'interprétation du Canada⁷⁶, de la Colombie-Britannique⁷⁷, de l'Alberta⁷⁸, du Manitoba⁷⁹, de l'Ontario⁸⁰, du Nouveau-Brunswick⁸¹, de l'Île-du-

73. Au moment d'écrire ces lignes en avril 2019, le projet de loi vient d'être présenté par le gouvernement du Québec à l'Assemblée nationale. *Loi sur la laïcité de l'État*, projet de loi n° 21 (Présentation – 28 mars 2019), 1^{re} sess., 42^e légis. (Qc).

74. *Id.*, art. 2.

75. *Id.*, Annexe II.

76. *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 33(1).

77. *Interpretation Act*, RSBC 1996, c. 238, art. 28(2).

78. *Interpretation Act*, RSA 2000, c. I-8, art. 26(2).

79. *Loi d'interprétation*, C.P.L.M., c. I-80, art. 28.

80. *Loi de 2006 sur la législation*, L.O. 2006, c. 21, ann. F, art. 68, dont la rédaction est par ailleurs épiciène : « Les termes sexospécifiques s'appliquent aux personnes physiques de n'importe quel genre, ainsi qu'aux personnes morales. »

81. *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, c. I-13, art. 22(g).

Prince-Édouard⁸², de Terre-Neuve-et-Labrador⁸³, du Yukon⁸⁴, des Territoires du Nord-Ouest⁸⁵ et du Nunavut⁸⁶. Ainsi, le masculin et le féminin sont placés sur un pied d'égalité.

La *Loi d'interprétation* du Canada permet explicitement la rédaction au féminin générique depuis sa modification en 1992⁸⁷. La version anglaise considère même le féminin générique en premier lieu :

33 (1) Le masculin ou le féminin s'applique, le cas échéant, aux personnes physiques de l'un ou l'autre sexe et aux personnes morales.

33 (1) *Words importing female persons include male persons and corporations and words importing male persons include female persons and corporations*⁸⁸.

Contrairement au masculin générique, le féminin générique peut être privilégié dans l'aménagement d'une langue non sexiste. En effet, le masculin générique doit être mis de côté puisqu'il rend invisibles la présence et les réalités des femmes. Il s'ancre dans une tradition patriarcale de priorisation des perspectives et des intérêts masculines. Par contraste, le féminin générique ne s'inscrit pas dans un contexte comparable de « domination féminine ». Des lois

82. *Interpretation Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. I-8, art. 25(2).

83. L'article 22(g) de l'*Interpretation Act*, R.S.N.L. 1990, c. I-19, n'est pas explicite à cet effet puisque son libellé précise que « words importing the masculine gender or the feminine gender include corporations and other words of neuter gender ». Pourtant, la formulation nous mène à penser que cet article permet la rédaction au féminin générique en raison du libellé sensiblement similaire de l'article 27(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.T.N.-O. 1988, c. I-8 [abrogé], et celui de la *Loi d'interprétation*, L.R.T.N.-O. (Nu) 1988, c. I-8.

84. *Loi d'interprétation*, L.R.Y. 2002, c. 125, art. 4.

85. *Loi d'interprétation*, L.R.T.N.-O. 2017, c. 19, art. 13(1), dont la rédaction est épécène : « Dans un texte, les termes ou expressions sexospécifiques s'appliquent aux personnes physiques de n'importe quel genre, ainsi qu'aux personnes morales. »

86. *Loi d'interprétation*, L.R.T.N.-O. (Nu), préc., note 83, art. 27(2).

87. *Loi corrective de 1991*, L.C. 1992, c. 1, art. 90.

88. *Loi d'interprétation*, préc., note 76, art. 33(1) (l'italique est de nous).

au féminin générique ne poseraient pas non plus de problème pratique particulier. Prenons l'exemple du premier alinéa de l'article 27 du *Code de procédure civile*, que nous avons féminisé :

27. *La juge en chef du Québec et la ministre de la Justice peuvent, de concert, lorsqu'un état d'urgence est déclaré par le gouvernement ou qu'une situation rend impossible, en fait, le respect des règles du Code ou l'utilisation d'un moyen de communication, suspendre ou prolonger pour la période qu'elles indiquent l'application d'un délai de prescription ou de procédure ou autoriser l'utilisation d'un autre moyen de communication selon les modalités qu'elles fixent*⁸⁹.

Il est hautement improbable qu'une telle féminisation donne à penser à la lectrice ou au lecteur qu'il n'existe pas d'hommes ministres ou juges. En l'occurrence, l'article ainsi féminisé reflète la réalité au moment d'écrire ces lignes, puisque la juge en chef du Québec, Nicole Duval Hesler, et la ministre de la Justice, Sonia LeBel, sont toutes deux des femmes. La juge en chef Duval Hesler est d'ailleurs la première femme à occuper cette position. Dans l'optique où ces fonctions seraient exercées par des hommes, la féminisation de la loi servirait alors à ébranler le stéréotype de genre selon lequel il doit en être ainsi.

En plus du masculin et du féminin génériques, on observe dans certaines lois l'emploi de doublets. Cette stratégie de féminisation est plus répandue que le féminin générique. Les doublets permettent de rendre les femmes visibles, mais ne laissent pas de place aux personnes non binaires. L'emploi de doublets est plus répandu dans la législation anglophone, comme en témoignent ces

89. *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 27, une fois mis au féminin générique (l'italique est de nous).

articles du *Code of Ethics Order* de Terre-Neuve-et-Labrador et du *Code de déontologie de la magistrature* du Québec :

Terre-Neuve-et-Labrador

2. *A judge* shall perform the duties of *his or her* office with integrity, dignity and honour.

[...]

4. *A judge* shall avoid any conflict of interest and refrain from entering into a situation or position where the functions of *his or her* office cannot be faithfully carried out⁹⁰.

Québec

2. *Le juge* doit remplir son rôle avec intégrité, dignité et honneur.

[...]

4. *Le juge* doit prévenir tout conflit d'intérêts et éviter de se placer dans une situation telle qu'il ne peut remplir utilement ses fonctions⁹¹.

Nous pouvons ici contraster la volonté, derrière le texte anglophone, de féminiser un terme épïcène (*judge*) avec la rigidité du masculin générique du texte francophone.

Dans un contexte où la plupart des assemblées législatives ont mis en place des dispositions explicitant que le féminin peut servir de genre générique, les légistes sont dans une position privilégiée pour déconstruire la suprématie du genre masculin dans le langage. Le genrage exacerbé de la langue française par rapport à l'anglais ne devrait pas légitimer le statut de retardataire du Québec; au contraire, cette province devrait être d'autant plus motivée à asseoir l'égalité de considération dans les textes de loi.

90. *Code of Ethics Order*, NLR 41/15, art. 2 et 4.

91. *Code de déontologie de la magistrature*, RLRQ, c. T-16, r. 1, art. 2 et 4.

Rédaction épïcène, doublets, graphies tronquées et féminin générique : la féminisation des jugements

La féminisation grammaticale figure également dans les jugements et les articles scientifiques. Bien qu'elle y soit minoritaire, elle y est plus répandue que dans les lois. On emploie, comme solutions de rechange au masculin générique, la rédaction épïcène, les doublets, les graphies tronquées et le féminin générique.

La **rédaction épïcène** se caractérise par l'emploi de termes qui incluent tous les genres. Il s'agit de la stratégie de féminisation la plus répandue, parfois même à l'insu des personnes qui y ont recours. Elle prescrit le délaissement de termes genrés (*le juge, le demandeur, l'accusé, les lecteurs*) au bénéfice de termes épïcènes (*le tribunal* ou *la Cour, la partie demanderesse, la personne accusée*⁹², *le lectorat*). Puisque les termes employés désignent également les personnes de tous les genres, cette stratégie est inclusive des personnes non binaires. Elle est cependant moins explicite que d'autres stratégies pour ce qui est de rendre visible les genres autres que masculin.

De plus, la rédaction épïcène peut être complémentée d'autres stratégies lorsque la formulation épïcène est difficile, inappropriée ou répétitive. Par exemple, dans ce passage d'un jugement de la Cour d'appel du Québec, la même entité est désignée par un terme épïcène (*le tribunal*) et par un doublet (*la ou le juge*). Le mariage des doublets et de la rédaction épïcène est recommandé par l'OQLF; il permet à la fois de révéler la présence des femmes et d'assurer la fluidité du le texte :

[66] Une cour d'appel doit déférence envers *la ou le juge du procès* à qui il incombe en premier lieu d'accorder ou non un arrêt des procédures, surtout dans un cas comme le présent, où les arguments qui militent en faveur d'un tel arrêt, ou en sa défaveur, sont en grande partie fondés sur des

92. Voir, par exemple, l'affaire *F.M. et Responsable du CIUSSS A*, 2017 CanLII 55523, par. 30-32 (QC T.A.Q.).

conclusions de fait. Il est devenu axiomatique de répéter que *le tribunal de première instance* est le mieux placé pour tirer des conclusions factuelles, surtout concernant la crédibilité des témoins⁹³.

Le **douplet** résulte de la juxtaposition des formes féminine et masculine d'un mot. Ce procédé permet aux juges, qui doivent souvent composer avec une matière première rédigée au masculin, de féminiser le discours juridique, par exemple en paraphrasant un article de loi au masculin :

[117] [...] Le droit de garde (qui que soit *la personne* à laquelle il est accordé) cesse en principe dans certains cas de remariage; *le ou la titulaire* du droit de garde doit faire en sorte que l'enfant soit élevé dans la religion de son père, encore que, si ce n'est pas le cas, *le tribunal* puisse maintenir la garde s'il l'estime dans l'intérêt de l'enfant. Voici en outre ce que prévoit le *Code de la famille* lorsque *le ou la titulaire* de la garde désire s'établir dans un pays autre que l'Algérie :

Art. 69. – Si *le titulaire* du droit de garde désire élire domicile dans un pays étranger, *le juge* peut lui maintenir ce droit de garde ou l'en déchoir en tenant compte de l'intérêt de l'enfant⁹⁴.

Notons toutefois que les doublets renforcent le mythe de la binarité des genres et excluent les personnes non binaires.

Quant aux **graphies tronquées**, elles consistent à superposer les masculins et les féminins, notamment par l'emploi de points (*les avocat.es*), de points médians (*les avocat-es*), de majuscules (*les*

93. *Alexandre c. La Reine*, 2012 QCCA 935, par. 66 (l'italique est de nous).

94. *Droit de la famille — 131294*, 2013 QCCA 883, par. 117 (l'italique est de nous).

avocatEs), de traits d'union (*les avocat-es*), de parenthèses (*les avocat(e)s*)⁹⁵, de barres obliques (*les avocat/es*) ou de barres obliques inversées (*les avocat\es*)⁹⁶.

Ces graphies, souvent considérées comme informelles, sont pourtant de plus en plus normalisées⁹⁷. Elles sont même employées par la juge en chef du Québec, par exemple ici : « le pouvoir d'un/e juge d'assouplir les autres composantes de la peine⁹⁸ ». Les graphies tronquées peuvent d'ailleurs compléter d'autres stratégies, par exemple des doublets, en vue d'obtenir un texte plus concis : « *le ou la juge saisi(e)* de tels chefs d'infractions⁹⁹ » plutôt que « le juge saisi ou la juge saisie ». En outre, les graphies tronquées peuvent être privilégiées parce qu'elles sont plus respectueuses des personnes non binaires que les doublets (*les avocats et les avocates*) et plus explicites que la rédaction épïcène (*les membres du Barreau*).

Enfin, des acteurs et des actrices juridiques ont également recours au **féminin à des fins génériques**. Cette stratégie est plus simple à mettre en pratique que la rédaction épïcène et plus sobre que les graphies tronquées. Elle est cependant rarement employée puisque proposer que « le féminin l'emporte » ébranle fortement le *statu quo* sexiste. On relève un exemple d'emploi du féminin pour

95. Nous déconseillons toutefois l'emploi de parenthèses qui relègue symboliquement les femmes à une importance moindre.

96. Pour une révision critique des graphies tronquées, voir M. LESSARD et S. ZACCOUR, préc., note 2, p. 63-66.

97. Pour un exemple d'emploi de graphies tronquées (barres obliques) dans un article de doctrine, voir Marie-Neige LAPERRIÈRE, « Perspective féministe sur l'article 1974.1 du Code civil du Québec. Une protection efficace dans la vie des femmes locataires victimes de violences? » (2018) 33 *Revue Canadienne Droit et Société* 41.

98. *Boudreault c. La Reine*, 2016 QCCA 1907, par. 84 (l'italique est de nous).

99. *Autorité des marchés financiers c. Quesnel*, 2012 QCCA 1448, par. 12 (l'italique est de nous).

l'universel et du masculin pour le particulier dans ce passage d'un jugement de la Cour d'appel :

[94] [...] Ainsi, pour protéger des secrets commerciaux, *une juge d'instance* peut, par exemple, permettre le caviardage des documents demandés, *comme l'ordonne le juge Chrétien* de la Cour supérieure dans [...] ¹⁰⁰.

L'emploi du féminin à des fins génériques est la stratégie la plus apte à mettre les femmes en avant. Le féminin, comme le masculin, s'inscrit dans une perspective binaire du genre et ne représente pas les personnes non binaires. Le féminin générique a cependant l'avantage d'être subversif dans son rejet explicite de la suprématie du masculin.

Les enjeux pour les traductrices et traducteurs

La question de la féminisation se pose également au moment de traduire un texte d'une langue moins genrée vers une langue plus genrée, surtout dans le contexte d'un système juridique bilingue. À titre d'exemple, la version anglaise d'un jugement de la juge Abella, féminisé par l'emploi de doublets de pronoms, reçoit, dans la version française, un traitement masculinisé où la féminisation ne figure qu'à une occasion par l'effet d'une traduction littérale. L'intention de la rédactrice de la version anglaise de féminiser le texte ne transparaît pas dans la version traduite :

[55] Comment *un décideur administratif* applique-t-il donc les valeurs consacrées par la *Charte* dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi? *Il ou elle* met en balance ces valeurs et les objectifs de la loi.

[55] How then does an *administrative decision-maker* apply *Charter* values in the exercise of statutory discretion? *He or she* balances the *Charter* values with the statutory objectives. In effecting this balancing, *the decision-maker* should

100. *Elitis Pharma inc. c. RX Job Inc.*, 2012 QCCA 1348, par. 94 (l'Italique est de nous).

Lorsqu'il procède à cette mise en balance, le décideur doit d'abord se pencher sur les objectifs en question. [...]

first consider the statutory objectives. [...]

[68] [...] Ce n'est pas toujours facile lorsque *l'avocat* a le sentiment qu'il a été injustement provoqué comme en l'espèce. Il n'en demeure pas moins que c'est précisément dans les situations où le sang-froid de *l'avocat* est indûment testé qu'il est tout particulièrement appelé à adopter un comportement d'une civilité transcendante.

[68] [...] This is not always easy where *the lawyer* feels *he or she* has been unfairly provoked, as in this case. But it is precisely when *a lawyer's* equilibrium is unduly tested that *he or she* is particularly called upon to behave with transcendent civility¹⁰¹.

Cet exemple signale la responsabilité des traductrices et des traducteurs dans la lutte contre la rédaction sexiste. Le principe du respect de l'intention de l'autrice d'un texte militait ici en faveur d'une traduction complètement féminisée. Lorsque la rédactrice n'a pas fait savoir son intention, la traductrice bénéficie d'une certaine liberté puisque presque tous les noms et adjectifs anglais ont un genre non défini ou neutre.

Au final, de nombreuses techniques de féminisation s'offrent aux actrices et acteurs du milieu juridique. Ces stratégies sont même avalisées par des autorités juridiques comme des juges de la Cour d'appel du Québec et de la Cour suprême, ce qui devrait aider à les faire évoluer d'une position d'innovation au statut de nouvelle norme.

101. *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, par. 55 et 68 (l'italique est de nous).

Conclusion : le masculin ne l'emportera plus

Le sexisme linguistique évacue les femmes et les personnes non binaires du discours et les empêche de se positionner comme sujet de la réflexion. En ciblant particulièrement les femmes au pouvoir, il participe au maintien du plafond de verre.

Certes, les textes juridiques androcentrés ont au moins le mérite d'être transparents dans leur sexisme. La féminisation n'est pas un antidote magique au sexisme qui habite le droit depuis des siècles. Elle peut cependant forcer une confrontation du problème en rendant explicite le statut de justiciable des femmes.

Au niveau symbolique, la féminisation est par ailleurs essentielle pour reconnaître la valeur égale que nous désirons accorder aux personnes de tous les genres. Ainsi, bien qu'elle demeure minoritaire, il y a lieu de se réjouir de l'opposition au sexisme grammatical des individus et des institutions qui s'assurent de féminiser des lois et des jugements.

PARTIE 2 : LE SEXISME TERMINOLOGIQUE CONTRE LE PARLER FÉMINISTE : DÉCELER LES BIAIS SEXISTES DANS LA LANGUE DU DROIT

Le sexisme s'exprime parfois dans la langue juridique sous la forme d'un **sexisme terminologique**. Nous désignons ainsi l'ensemble des mots et des expressions qui sont sexistes en raison de leur étymologie, de leur dénotation ou de leur connotation, notamment si cette dernière diffère au féminin et au masculin. Le sexisme terminologique ne découle pas d'un ensemble organisé de règles, mais plutôt d'un amas discret de mots sexistes, apparus à différentes époques et qui relèvent de thèmes et de registres variés¹⁰². Ce sexisme euphémise et dépolitise les violences faites aux femmes et priorise les expériences et les perspectives masculines. Résister

102. Ailleurs, nous avons, avec 32 autres autrices, répertorié ces expressions : Suzanne ZACCOUR et Michaël LESSARD (dir.), *Dictionnaire critique du sexisme linguistique*, Montréal, Somme toute, 2017.

au sexisme terminologique requiert ainsi une vigilance quant aux mots employés et le retrait chirurgical des expressions fautives.

Si les insultes sexistes sont facilement reconnaissables et inusitées dans le discours juridique formel, des expressions courantes et d'apparence banale peuvent aussi cacher leur dose de sexisme, comme *abus sexuel*, *langue maternelle* ou *violence familiale*. Dans cette seconde partie de notre texte, nous exemplifions les enjeux du sexisme terminologique les plus pertinents pour le discours juridique en structurant notre étude autour de deux thèmes : la banalisation des violences patriarcales et l'exacerbation des stéréotypes de genre.

A. Culture du viol et banalisation des violences masculines

La banalisation des violences patriarcales est une des conséquences les plus graves du sexisme terminologique. Ce procédé participe à la culture du viol¹⁰³. En nommant mal les violences sexuelles, nous risquons de les euphémiser, de confondre la sexualité et le viol ou encore de transférer la responsabilité de l'agresseur à la victime. Des procédés similaires sont à l'œuvre en matière de violence conjugale. Les étiquettes euphémistiques et l'occultation des hommes violents dénaturent les violences patriarcales. La violence conjugale est également confondue avec la chicane de couple, procédé participant au blâme des victimes et à la déresponsabilisation des agresseurs.

103. La culture du viol s'entend de l'ensemble des pratiques, des mythes, des faits culturels et des conventions qui banalisent, dénaturent ou favorisent les violences sexuelles dans notre société. La culture du viol comprend notamment le blâme des victimes (les victimes de viol sont blâmées pour leur agression), les lois et les pratiques sexistes qui dissuadent les dénonciations de viol, la glorification ou la déresponsabilisation des agresseurs, les doubles standards dans le contrôle du corps, de l'habillement et de la sexualité des filles et des femmes, ainsi que la romantisation des violences sexuelles dans la culture populaire. Voir Suzanne ZACCOUR, *La fabrique du viol*, Montréal, Leméac, 2019.

Les formulations sexistes qui produisent ces effets peuvent être utilisées sciemment ou par simple habitude. Dans tous les cas, elles renforcent des mythes sur le viol¹⁰⁴ et sur les violences conjugales qui, dans une société où ces violences sont genrées, font obstacle à l'égalité entre les femmes et les hommes. Ces expressions rendent les violences masculines plus difficiles à reconnaître et à dénoncer, accentuant la vulnérabilité des femmes et l'impunité des hommes violents. Loin d'être une préoccupation purement théorique, les procédés que nous dénonçons ci-dessous forment une recette pour la perpétuation de violences réelles, concrètes, voire mortelles¹⁰⁵.

Nous examinons d'abord le sexisme terminologique lié au viol, puis les enjeux relatifs aux (autres) violences conjugales, bien que leur séparation demeure artificielle dans la mesure où les violences sexuelles sont souvent conjugales.

La description des violences sexuelles dans les textes juridiques

« Viol », « abus sexuel », « agression sexuelle » : comment nommer les violences sexuelles?

Bien que le sexisme terminologique se détecte à tous les niveaux du discours juridique, la loi détient un pouvoir fédérateur dans le choix des mots employés pour parler des violences

104. Pour une vulgarisation des mythes sur le viol et de leurs conséquences, voir: ANTISEXISME, « Mythes sur les viols. Partie 1 : Quels sont ces mythes? Qui y adhère? », *Sexisme et sciences humaines – Féminisme*, 4 décembre 2011, en ligne : <antisexisme.net/2011/12/04/mythes-sur-les-viols-partie-1-quels-sont-ces-mythes-qui-y-adhere/>, et les parties suivantes.

105. On peut même soutenir que les avocat·es et les juges enfreignent leurs obligations déontologiques en perpétuant des mythes et préjugés sexistes dans leurs communications : Elaine CRAIG, « The Ethical Obligations of Defence Counsel in Sexual Assault Cases », (2014) 51 *Osgoode Hall L.J.* 427; Michaël LESSARD, « “Why couldn’t you just keep your knees together?” L’obligation déontologique des juges face aux victimes d’agression sexuelle », (2017) 63 *McGill L.J.* 155.

sexuelles. La législatrice l'a reconnu quand, à l'occasion de la réforme des dispositions relatives au viol, elle a pris soin de renommer certains crimes sexuels.

Criminaliser l'*agression sexuelle* plutôt que le *viol* témoigne d'une volonté de passer d'une connotation sexuelle à une connotation de violence¹⁰⁶, tout en délaissant la définition restrictive du viol comme une pénétration vaginale forcée. Le changement terminologique marque une victoire féministe importante qui distingue le Canada d'un grand nombre d'États dont les lois traitent toujours de *viols*.

Or, l'expression *agression sexuelle* est aussi l'objet de critiques. *Aggression sexualisée* ou *agression à caractère sexuel* peuvent être préférées pour mettre l'accent sur la violence de l'agression, selon la perspective de la victime, plutôt que sur la motivation sexuelle, selon la perspective (présumée) de l'agresseur¹⁰⁷. Dans certains contextes, *agression sexuelle* peut aussi paraître euphémistique, dans la mesure où *viol* a une connotation plus forte¹⁰⁸.

Une autre expression controversée, *abus sexuel*, pose également l'enjeu de l'euphémisation des violences sexuelles, particulièrement envers les enfants. Son emploi dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* en légitime l'usage dans des milliers de jugements, contamine le milieu de la protection de l'enfance et, ultimement, se répand dans le reste de la société.

106. Linda COATES, Janet Beavin BAVELAS et James GIBSON, « Anomalous Language in Sexual Assault Trial Judgments », (1994) 5 *Discourse & Society* 190.

107. Janet Beavin BAVELAS et Linda COATES, « Is it Sex or Assault? Erotic versus Violent Language in Sexual Assault Trial Judgments », (2001) 10 *Journal of Social Distress and the Homeless* 29, p. 31-32.

108. Voir, par exemple, la discussion de Cassia SPOHN et Julie HORNEY, *Rape Law Reform: A Grassroots Revolution and Its Impact*, New York City, Springer US, 1992, p. 161.

Dans l'entrée « Abus » du *Dictionnaire critique du sexisme linguistique*, Sandrine Ricci explique le problème d'une telle appellation¹⁰⁹. Calque de l'anglais *sexual abuse*, l'*abus sexuel* euphémise, normalise et en même temps exceptionnalise la violence envers les enfants. Étymologiquement, *abus* signifie un excès (*ab*) par rapport à l'usage normal (*usus*)¹¹⁰, comme dans *abus de pouvoir*. Par conséquent, l'expression implique qu'un usage « normal » d'un.e enfant à des fins sexuelles est acceptable. Comme le résume Ricci :

préférant les expressions “agressions (ou violence) à caractère sexuel”, une diversité d'intervenantes et de spécialistes préconise “[d']éviter de parler d'abus sexuels, terme qui peut sous-entendre qu'un acte sexuel serait possible s'il n'était pas abusif^[111]”, qui “semble reconnaître aux adultes des droits sexuels sur les enfants [...] outrepassés lors de l'abus^[112]”, qui pose en somme “un pouvoir légitime sur la sexualité de l'enfant^[113]”¹¹⁴.

Par ailleurs, puisque l'abus sexuel outrepassa la normalité, celui-ci relèverait de l'exception. Or, les violences sexuelles, tant conjugales que paternelles, sont bien plus normalisées que ne le laisse présager ce choix langagier. Ainsi, on ne peut pas considérer, même dans une société dite égalitaire, que la violence sexuelle soit hors normes. Pour cette raison, il est également problématique de parler du viol d'enfants comme d'un « problème de déviance¹¹⁵ ».

109. Sandrine RICCI, « Abus », dans S. ZACCOUR et M. LESSARD (dir.), préc., note 102, p. 15-21.

110. Émile LITTRÉ, *Le Littré, Dictionnaire de la langue française*, « Abus », en ligne : <www.littré.org/definition/abus>.

111. Voir Muriel SALMONA, « Violences sexuelles », *Mémoire traumatique et victimologie*, août 2010, en ligne : <www.memoiretraumatique.org>.

112. Voir CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *L'inceste envers les filles : état de la situation*, Québec, Gouvernement du Québec, mars 1995, p. 11.

113. Voir « Formes d'agression à caractère sexuel », *Assaut Sexuel Secours*, 5 janvier 2012, en ligne : <www.assautsexuelsecours.com>.

114. S. RICCI, préc., note 109, p. 17.

115. Voir, par exemple, l'affaire *Droit de la famille — 162295*, 2016 QCCS 4399, par. 26.

Les dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse* illustrent la confusion associée au mot *abus*. Dans l'expression *abus physique*, *abus* est employé correctement pour désigner le dépassement de la force physique habituellement permise. La notion d'excessivité s'avère importante, puisque ce n'est pas tout contact physique entre l'enfant et le parent qui sera sanctionné. L'abus physique se trouve ainsi défini comme une situation où « l'enfant subit des *sérvices corporels* ou est soumis à des méthodes éducatives *déraisonnables*¹¹⁶ ».

Par contraste, dans l'expression *abus sexuel*, le terme *abus* a une fonction euphémistique. L'« abus sexuel » est une situation où « l'enfant subit des gestes à caractère sexuel, avec ou sans contact physique¹¹⁷ ». Les enfants n'ayant pas la capacité d'y consentir, tout geste sexuel d'un·e adulte envers un·e enfant est proscrit, qu'il soit « abusif » ou non. Cette qualification n'a donc pas lieu d'être. Parler d'*abus sexuel* renforce la tolérance de notre société envers les violences sexuelles jugées « mineures ».

« Don Juan », « voler un baiser » : la banalisation des agressions sexuelles

Outre ces expressions inscrites dans la loi, d'autres euphémismes, comme *voler un baiser*, masquent également la violence de l'agression sexuelle. Cette formulation mignonne et imagée est davantage associée au parfait premier pas qu'à l'agression sexuelle. Elle risque donc de banaliser ce crime. À titre d'exemple, dans un jugement où l'accusé adulte a plaidé coupable d'avoir touché le vagin d'une petite fille endormie, la Cour suprême de la Colombie-Britannique emploie cette expression pour mieux argumenter que la peine minimale d'un an est disproportionnée :

[28] The reasonable hypothetical the defence asks the court to consider in this case is a young, just turned 18-year-old, with no record, who *steals a kiss* from, or

116. *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1, art. 38(e).

117. *Id.*, art. 38(d).

perhaps lays a hand on a 15 almost 16-year-old's leg while on a bus, or touches her on the breast at a party while he is intoxicated. I find that that is a reasonable hypothetical, and I find that the one-year mandatory minimum sentence would be grossly disproportionate in those circumstances¹¹⁸.

Le tribunal conclut que, bien que la peine minimale ne soit pas disproportionnée par rapport au crime de l'accusé, elle enfreint l'article 12 de la Charte. L'évaluation de la proportionnalité de la peine minimale aurait-elle été différente si la Cour avait envisagé la situation d'un jeune homme de 18 ans qui « agresse sexuellement » une fille de 15 ans¹¹⁹?

Autre exemple, à l'occasion d'un recours pour congédiement injustifié, où il fallait déterminer si les actions de l'employé constituaient du harcèlement sexuel, un juge ontarien emploie l'expression *voler un baiser* pour minimiser la gravité des gestes du demandeur. Il considère que les commentaires à connotation sexuelle étaient monnaie courante dans l'entreprise et que le comportement de l'employé ne constituait pas du harcèlement sexuel. Une tentative d'agresser une femme en l'embrassant sans son consentement est réduite à une tentative de *voler un baiser* : « Taken by itself I would not consider this incident as sexual harassment but rather as an unsuccessful attempt to steal a kiss without the other indices generally associated with sexual harassment¹²⁰ ».

La décision est infirmée par la Cour d'appel de l'Ontario qui s'exprime sur l'importance du choix des mots pour décrire la violence sexuelle. Elle critique la qualification du demandeur de *would-be womanizer* et conclut : « the trial judge demonstrates in his reasons a complete lack of appreciation of the modern concept

118. *R. v. E.R.D.R.*, 2016 BCSC 684, par. 28 (l'italique est de nous).

119. Voir aussi l'affaire *R. v. Cheema*, 2015 BCPC 340, par. 43, où le tribunal conclut que *voler un baiser* ne constitue pas une agression sexuelle.

120. *Bannister v. General Motors of Canada Ltd.*, 1994 CanLII 7390, par. 13 (ON S.C.).

of equality of the sexes. He uses such expressions as “she gave as good as she got” and “it takes two to tango”, both catch phrases from another era¹²¹ ».

Banaliser la violence sexuelle manque de respect aux victimes. À l’occasion d’un procès criminel, le juge Coulson fait remarquer le caractère inapproprié de l’expression *voler un baiser* pour décrire une agression sexuelle. Il souligne l’importance d’employer des mots qui rendent compte de l’expérience de violence vécue par la victime : « I, perhaps shouldn’t use the expression ‘stealing a kiss’ because that makes it all seem rather innocuous. This young lady took it far more seriously than that¹²² ».

Somme toute, des expressions comme *abus sexuel*, *voler un baiser*, *would-be womanizer* ou *Don Juan* ne portent pas l’entière responsabilité de la banalisation du viol dans notre société. Cependant, elles renforcent insidieusement cette euphémisation en occultant la violence intrinsèque à l’agression sexuelle. Ce faisant, elles ouvrent la voie à l’érotisation des violences sexuelles.

La romantisation et l’euphémisation des agressions sexuelles

Sexe ou viol? Telle est la question fondamentale qui intéresse le droit relatif aux agressions sexuelles. Or, le sexisme terminologique banalise les violences sexuelles précisément par la confusion des notions de sexualité et de viol. Parler de *caresse sexuelle* et d’*embrasser* évoque la sexualité et l’érotisme plutôt que la violence. Employer le même vocabulaire pour décrire le sexe et le viol en brouille la démarcation. On renforce ainsi le mythe des « zones grises » en matière de violences sexuelles, mythe dont les agresseurs profitent¹²³.

121. *Bannister v. General Motors of Canada Ltd.*, 1998 CanLII 7151 (ON C.A.).

122. *R. v. Singh*, 2016 ONSC 6786, par. 38, citant le juge du procès.

123. Sur le problème de la notion de « zones grises », voir S. ZACCOUR, préc., note 103, p. 109-115.

Dans une étude publiée en 1994, Linda Coates, Janet Beavin Bavelas et James Gibson observent l'emploi d'un vocabulaire différent, dans les jugements criminels canadiens, pour décrire l'agression sexuelle selon qu'une relation existait ou non entre l'agresseur et la victime. Le viol commis par un inconnu (le « vrai viol¹²⁴ ») est dépeint avec un vocabulaire renvoyant à la violence. À l'inverse, le viol conjugal ou commis par une connaissance reçoit une description érotisée. Les juges décrivent ainsi les viols commis par un ami ou une connaissance (*date rapes*) avec des termes qui suggèrent l'affection et la sexualité (*fondling, hugging, kiss*), le consentement (*offering his penis to her mouth*) et la mutualité (*intercourse with, relationship*)¹²⁵. Les autrices expliquent que ce « langage anormal » masque et euphémise la violence de l'agression, évacue entièrement la perspective de la victime et sous-entend son consentement :

The language used does not just euphemize; it actively misleads and misdirects. [...] The complainant's experience of fear, disgust, objectification, and pain is completely hidden. [The] other major effect of sexual descriptions is to co-opt the complainant's consent by the use of terms that denote or connote mutual acts [even after guilt has been established]. [...] Imposing the perpetrator's language inevitable privileges that view and re-victimizes the survivor mentally and socially. It imposes a version of their ordeal that co-opts their consent into a relatively harmless mutual activity, and their experience is silenced¹²⁶.

La Cour supérieure du Québec offre, dans un jugement en droit des familles¹²⁷, un exemple frappant de cette euphémisation des violences envers les femmes et les filles par la confusion du viol et de la sexualité :

124. Susan ESTRICH, *Real Rape*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

125. L. COATES, J.B. BAVELAS et J. GIBSON, préc., note 106.

126. J.B. BAVELAS et L. COATES, préc., note 107.

127. Par l'expression *droit des familles*, nous reprenons l'approche plurielle du *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les familles*, 2^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2016.

D'autres *comportements déviants* de monsieur n'ont pas eu lieu en la présence des enfants mais ont été portés à leur connaissance par leur mère ou par des personnes de leur entourage. Dans cette catégorie d'*événements* tombe notamment *l'aventure sexuelle* de monsieur avec la jeune gardienne des enfants (14 ans) qui a duré près de deux ans et qui s'est soldée par une condamnation criminelle de monsieur pour exploitation sexuelle d'une mineure et voies de fait. La jeune femme a révélé plus tard aux enfants notamment que pendant sa relation avec leur père celui-ci avait tenté de l'étrangler. Elle a subi une dépression nerveuse majeure suite à *son aventure avec monsieur*¹²⁸.

L'expression *comportements déviants* est un puissant euphémisme pour décrire le viol répété d'une mineure sur près de deux ans, tout comme *l'aventure sexuelle*, qui évoque le plaisir et l'excitation. Par ailleurs, une aventure avec la jeune fille suggère la mutualité et le consentement, alors qu'un viol est plutôt commis par une personne sur une autre. Finalement, *l'événement* semble simplement « survenir », alors que le *crime* implique davantage d'agentivité. En s'exerçant à une rédaction non sexiste et en comparant le résultat au texte initial, on constate que le travail d'euphémisation bénéficie à l'agresseur, en l'occurrence un père qui demande *et obtient* des droits d'accès supervisés :

D'autres *crimes violents* de monsieur n'ont pas eu lieu en la présence des enfants mais ont été portés à leur connaissance par leur mère ou par des personnes de leur entourage. Dans cette catégorie d'*activités criminelles*, on compte *les agressions sexuelles répétées d'une mineure*, la jeune gardienne des enfants (14 ans), pendant près de deux ans et desquelles monsieur a été trouvé coupable avec des condamnations pour exploitation sexuelle d'une mineure et voies de fait. La jeune femme a révélé plus tard aux enfants notamment que pendant sa relation avec leur père celui-ci avait tenté de l'étrangler. Elle a subi une dépression nerveuse majeure suite à *sa victimisation par monsieur*.

128. *Droit de la famille* — 144, 2014 QCCS 8, par. 23 (l'italique est de nous).

Ces formulations qui confondent le viol et la sexualité ne sont pas uniquement problématiques parce qu'elles bénéficient à l'agresseur. Elles mettent aussi les femmes en danger en nourrissant un contexte social où elles sont peu outillées à reconnaître les violences masculines et leurs signes précurseurs. Une femme qui ne reconnaît pas la violence ne peut pas s'en protéger, en guérir ou la dénoncer.

« Elle s'est fait violer », c'est de sa faute? Le blâme des victimes

Bien des gens pensent toujours que si une femme est violée, c'est qu'elle l'a cherché. Le sexisme terminologique favorise ce blâme des victimes ainsi que l'invisibilisation des agresseurs sexuels. La victime devient responsable de son propre malheur. Le juge Camp a offert un exemple frappant de ce procédé en demandant à une victime de viol l'inoubliable « why couldn't you just keep your knees together¹²⁹ »? Ce sexisme dans le traitement judiciaire des agressions sexuelles est facilité par des procédés linguistiques plus subtils et souvent involontaires.

La grammaire joue ici un rôle important¹³⁰. Le même acte peut être décrit de trois manières; 1) activement, avec la victime comme sujet; 2) passivement, avec la victime comme sujet; ou 3) activement, avec l'agresseur comme sujet. La première construction sous-entend un transfert de responsabilité de l'agresseur à la victime. Un exemple d'une telle construction consiste à dire qu'une femme *s'est fait violer* (ou *agresser*, ou *battre*, etc.). L'impression

129. Dans l'affaire d'une enquête en vertu du par. 63(1) de la *Loi sur les juges* concernant l'honorable juge Robin Camp : rapport et recommandation du comité d'enquête au Conseil canadien de la magistrature, 29 novembre 2016, par. 137.

130. Nous incluons volontairement certaines considérations d'ordre grammatical sous le chapeau de la terminologie, puisque nous estimons que la combinatoire des signes linguistiques est encodée dans les signes eux-mêmes et que cette combinatoire mérite une attention particulière dans l'analyse du fonctionnement des technolèctes. On comprendra donc qu'une analyse plus traditionnelle appellerait *sexisme technolèctal* ce que nous nommons *sexisme terminologique* par souci d'accessibilité.

produite est que la victime a volontairement provoqué l'événement, comme dans *elle s'est fait couper les cheveux*.

Cette construction malheureuse est employée dans des jugements, par exemple : « Elle *s'est fait violer* suite à la consommation de "drogue du viol"¹³¹ ». Le viol est ici présenté comme un événement que l'adolescente s'est imposé à elle-même, oblitérant tout homme violent de l'équation. Il y a par ailleurs ambiguïté à savoir si elle a consommé cette drogue à des fins récréatives ou si elle a été droguée à son insu. Comparons cette tournure avec les formulations suivantes :

- 1) Forme active (victime) Elle s'est fait violer suite à la consommation de « drogue du viol ».
- 2) Forme passive (victime) Elle a été violée suite à la consommation de « drogue du viol ».
- 3) Forme active (agresseur) Un homme l'a droguée puis l'a violée.

La deuxième formulation évacue la responsabilité de la victime, bien qu'elle occulte toujours l'agresseur. La troisième formulation, qui place l'agresseur comme sujet de la séquence d'événements, produit un effet tout à fait différent. En l'occurrence, la formulation sexiste retenue par le juge est renforcée par la phrase précédente : « L'adolescente a fait une fugue du 22 au 24 octobre dernier où *elle s'est mise en situation de danger extrême*¹³² ». Ainsi, le fond du propos confirme le sexisme terminologique, et le sexisme terminologique renforce l'attitude de blâme de la victime qu'adopte le juge. Loin de se réduire à une question purement énonciative, le choix d'une formule qui place la victime comme sujet augmente les risques qu'on lui attribue plus de responsabilité¹³³.

131. *Protection de la jeunesse* — 081454, 2008 QCCQ 11408, par. 5 (l'italique est de nous).

132. *Id.*

133. Susan Lynn EHRlich, *Representing Rape: Language and Sexual Consent*, Psychology Press, 2001, p. 40; Marianne LAFRANCE et Eugene HAHN, « The

Des viols sans violeurs : la déresponsabilisation des agresseurs

En tandem avec le blâme des victimes, le sexisme terminologique peut également opérer une déresponsabilisation de l'agresseur. Ce phénomène intervient fréquemment dans les médias par l'entremise de descriptions qui construisent une « representation of sexual harassment [or sexual assault] as a harm inflicted upon the perpetrator (and not the victims)¹³⁴ ». On peut lire, par exemple, « allegations of sexual harassment were levelled against him¹³⁵ ».

Le même résultat est produit par des formulations détournées qui masquent l'agentivité de l'accusé dans les jugements en droit criminel. Au lieu de « the accused attacked her », des juges peuvent écrire : « there was an abuse », « there was advantage taken of a situation which presented itself », « the struggle got into the bedroom » ou « the victim sustained bruises¹³⁶ ». Similairement, l'agresseur est déresponsabilisé lorsque le viol est décrit comme un « geste d'égarement¹³⁷ », l'assouvissement de « besoins sexuels¹³⁸ », « a failure to control his sexual impulses¹³⁹ », et lorsque l'agresseur est décrit comme « ensorcelé » par la victime, soumis à ses « pulsions sexuelles » ou « esclave » de ses sentiments.

Disappearing Agent: Gender Stereotypes, Interpersonal Verbs and Implicit Causality », dans Camille ROMAN, Suzanne JUHASZ et Cristanne MILLER, *The Women and Language Debate: A Sourcebook*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1994, p. 348-362; Nancy M. HENLEY, Michelle MILLER et Jo Anne BEAZLEY, « Syntax, Semantics, and Sexual Violence: Agency and the Passive Voice », (1995) 14-1 et 2 *Journal of Language and Social Psychology* 60; Laura NIEMI et Liane YOUNG, « When and Why We See Victims as Responsible: The Impact of Ideology on Attitudes Toward Victims », (2016) 42-9 *Pers Soc Psychol Bull* 1227.

134. S.L. EHRLICH, préc., note 133, p. 15.

135. *Id.*, p. 14.

136. L. COATES, J.B. BAVELAS et J. GIBSON, préc., note 106.

137. Carl LEBLANC, « L'absolution ou l'expulsion pour un agresseur sexuel? », *Le Devoir*, 20 novembre 2013, en ligne : <www.ledevoir.com/societe/justice/393169/l-absolution-ou-l-expulsion-pour-un-agresseur-sexuel>.

138. *Lebreux c. La Reine*, 2014 QCCA 1496, par. 5.

139. *R. v. Smarch*, 2014 YKTC 51, par. 156.

Jusqu'où peut aller cette responsabilisation? À l'occasion d'un jugement pour agression sexuelle, un juge se lance dans une envolée lyrique qui pousse à l'extrême la romantisation des violences :

[113] INCROYABLE AMOUR PLATONIQUE – Force est de constater que l'accusé est follement amoureux de [la] plaignante. Il le reconnaîtra. Il le reconnaît. Cela notamment se lit dès les trois premiers courriels. La force des communications écrites laisse entrevoir un homme *subjugué, ensorcelé*, qui la veut pour toujours avec lui, qui lui promet son accompagnement inconditionnel, qui lui dit qu'elle est source d'inspiration pour lui [...].

[114] [...] Les courriels disent son *ensorcellement* [...].

[124] [...] L'accusé est un grand gestionnaire en possession de ses dossiers. Elle est *cet unique dossier qui lui résiste*, qu'il ne contrôle pas [...].

[187] [...] Rien ne laisse entendre et ne permet de conclure qu'elle entend se servir des *faiblesses* que représentent ces agressions dans l'armure de l'accusé [...].

[190] En mars 2009, elle a pardonné le *dérapiage* de l'accusé¹⁴⁰.

Cette déresponsabilisation de l'agresseur crée un terrain fertile pour la perpétuation du discours de la pulsion sexuelle masculine naturellement irrépressible (« male sexual drive discourse »). C'est ce même discours qui permet aux tribunaux – et à la société – de pardonner aux hommes de s'être laissés guidés par leurs « pulsions » et de reprocher aux femmes d'avoir provoqué le viol¹⁴¹. Ce genre de qualification permet ensuite d'établir la violence comme « hors de caractère » pour l'homme qui demeure un bon père, un bon employé, un bon citoyen¹⁴²...

140. R. c. *Laouar*, 2015 QCCQ 12, par. 113-190 (l'italique est de nous).

141. S.L. EHRLICH, préc., note 133, p. 29.

142. L. COATES, J.B. BAVELAS et J. GIBSON, préc., note 106, p. 196.

Conclusion : le viol n'est pas si décrié qu'on le croit

Alors que l'on pourrait croire que le viol est hautement décrié dans notre société et dans notre droit, l'étude attentive du sexisme terminologique dans la loi et le discours juridique révèle un tout autre narratif. La violence sexuelle est souvent décrite au moyen de procédés euphémistiques, qui blâment la victime et déresponsabilisent l'agresseur. Qu'ils soient conscients ou inconscients, ces procédés bénéficient à l'agresseur au détriment de la reconnaissance de la violence subie par la victime. C'est donc la confiance envers le système qui risque d'être mise à mal par la perpétuation du sexisme terminologique. Si notre droit présente officiellement l'agression sexuelle comme un crime, et même un crime grave, il est essentiel que le discours employé pour en parler reflète ce choix de société.

La description des violences conjugales dans les textes juridiques

Violence « domestique », « familiale », « de genre »? Comment nommer les violences conjugales?

Tout comme pour les violences sexuelles, les violences conjugales peuvent être banalisées par une désignation incorrecte. Le sexisme terminologique repose non seulement sur l'euphémisation de la violence, mais également sur l'occultation des hommes violents. En particulier, l'expression *violence domestique* est euphémistique. Elle sous-entend que les violences patriarcales ne seraient qu'une « affaire privée » et un « problème de femmes » (la sphère domestique n'est-elle pas celle des femmes?), plutôt que d'associer la violence conjugale à son contexte social. Un contexte, faut-il le mentionner, qui permet qu'une femme en couple sur trois en soit victime¹⁴³.

143. ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, « La violence à l'encontre des femmes », *Organisation mondiale de la santé*, 29 novembre 2017, en ligne : <www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/fr/>. Voir aussi Evan STARK, « Commentary on Johnson's "Conflict and Control: Gender Symmetry and Asymmetry in Domestic Violence" », (2006) 12-11 *Violence against Women* 1019, 1024; Ruth BUSCH, « "Don't Throw Bouquets at Me...

L'expression *violence familiale*, pour sa part, ne précise pas qui commet la violence et qui la subit : on peut, par exemple, y voir une situation où la mère violente l'enfant, alors que la mère est plutôt la victime du père. Insister sur cette appellation lorsqu'on parle précisément de la violence d'un homme envers sa conjointe contribue à brouiller la réalité des violences patriarcales.

Les expressions consacrées *violence conjugale*, *violence de genre/basée sur le genre* et même *violence envers les femmes* en masquent également les auteurs, bien qu'elles aient au moins l'avantage de poser le contexte genré ou intraconjugal. C'est pourquoi les expressions *violences masculines* ou *violences patriarcales* sont préférables. Or, celles-ci sont pratiquement absentes du discours juridique.

Mais il y a pire, puisqu'on retrouve également dans certains discours une hésitation à nommer ces violences d'une quelconque façon que ce soit. Ainsi, une distanciation exagérée par rapport à l'expression consacrée *violence conjugale* – que ce soit par l'emploi de guillemets ou de formulations détournées – est aussi problématique, comme dans ces propos d'un expert psychiatre : « La relation de l'accusée avec la victime peut être qualifiée d'une relation violente avec présence de divers signes militant en faveur

(Judges) will Say We're in Love": An Analysis of New Zealand Judges' Attitudes towards Domestic Violence', Julie Stubbs (dir.), *Women, Male Violence and the Law, Institute of Criminology Monograph Series*, Sydney, Institute of Criminology, 1994, p. 6. Sur la violence conjugale au Québec, voir Frédéric OUELLET et Marie-Marthe COUSINEAU, « Les femmes victimes de violence conjugale au Québec : examen du profil des victimes, des agresseurs et du contexte », dans Maryse RINFRET-RAYNOR, Élisabeth LESIEUX, Marie-Marthe COUSINEAU, Sonia GAUTHIER et Élisabeth HARPER (dir.), *Violences envers les femmes. Réalités complexes et nouveaux enjeux dans un monde en transformation*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014, p. 117-134.

de ce que nous appelons communément violence conjugale¹⁴⁴ ». Autre exemple :

Ce comportement, selon ce qu'il m'a été donné de constater, prend son origine dans ce que j'appellerais des *difficultés conjugales éprouvées par l'accusé et sa conjointe*, madame Chartouni [...] Pour employer l'expression consacrée depuis quelque temps, toutes ces offenses *s'inscrivent dans un contexte de violence conjugale*¹⁴⁵.

L'accusé est ici déresponsabilisé puisque les crimes résulteraient de « difficultés conjugales » et parce que la violence conjugale n'est qu'un élément de « contexte » présenté de façon impersonnelle et détournée.

Conflit ou violence? Le sexisme dans le récit des violences conjugales

Les violences masculines sont souvent dénaturées par un vocabulaire relatif au conflit. Parler de violences conjugales comme de *chicanes de couple*, de *différends conjugaux*, de *disputes* ou de *querelles* met les deux protagonistes sur un pied d'égalité, tout en euphémisant l'agression¹⁴⁶. La présentation de la violence comme symétrique s'accompagne souvent d'autres processus édulcorants comme la qualification de la relation comme *difficile* ou *houleuse* :

[84] Cette relation se détériore et avant leur rupture au printemps de l'année 2011, elle devient particulièrement *tendue et houleuse* [...].

[85] X a donc été fréquemment témoin de ces *conflits* où la violence verbale et, à l'occasion, la violence physique ont été présentes.

144. R. c. A.T., 2005 CanLII 68975, par. 57 (QC C.S.).

145. R. c. Solano, 2005 CanLII 9953, par. 2 (QC C.S.) (l'italique est de nous).

146. Sur la confusion entre « conflit » et « violence conjugale » en recherche, voir Dominique DAMANT et Françoise GUAY, « La question de la symétrie dans les enquêtes sur la violence dans le couple et les relations amoureuses », (2005) 42-2 *Revue canadienne de sociologie* 125.

[86] En particulier, la fin de semaine des 11 et 12 septembre 2010, elle est témoin d'une *chicane* au cours de laquelle Monsieur *utilise* la force physique à l'égard de sa conjointe et la menace¹⁴⁷.

Une *chicane* évoque une scène bien différente d'une *agression* ou même d'un épisode où le père *inflige* la force physique. Le contexte asymétrique de domination de la conjointe par le conjoint est masqué par l'éphémère et la réciprocité implicites à une *chicane*. Il en va de même lorsque les tribunaux décrivent des agressions avec des formulations comme « une nouvelle querelle éclate entre les parties¹⁴⁸ ». Une « querelle » qui « éclate » est non seulement mutuelle, mais également indépendante de la volonté des parties – au contraire d'une agression qui résulte du libre-arbitre de l'assaillant.

Ce type de formules impersonnelles et ambiguës est commun¹⁴⁹. Par exemple, on trouve dans un récent jugement en matière de divorce les conclusions d'une experte selon lesquelles « le conflit parental [...] est aigu et comporte des enjeux criminels¹⁵⁰ ». Cette formulation imprécise occulte que c'est le père qui a été criminalisé pour avoir proféré des menaces de mort à l'endroit de la mère et de l'enfant.

Bien des jugements décrivent les violences conjugales comme une « relation [...] houleuse¹⁵¹ » ou « tendue¹⁵² », une « situation conjugale chaotique, empreinte de violence tant physique que verbale¹⁵³ » ou encore un « contexte conjugal et familial difficile¹⁵⁴ ».

147. *Droit de la famille* — 113557, 2011 QCCS 6019, par. 84-86 (l'italique est de nous).

148. *Droit de la famille* — 16192, 2016 QCCS 331, par. 26.

149. Voir, par exemple, Elisabeth C. WELLS, « “But most of all, They Fought together”: Judicial Attributions for Sentences in Convicting Battered Women Who Kill », (2012) 36-3 *Psychology of Women Quarterly* 350.

150. *Droit de la famille* — 161577, 2016 QCCS 3057, par. 27.

151. R. c. *Nadeau*, 2007 QCCQ 64, par. 3.

152. R. c. *Couture*, [1990] R.J.Q. 619, p. 3 (C.Q.).

153. R. c. *Marinier*, 2012 QCCM 323, par. 56.

154. R. c. *P.F.*, 2011 QCCQ 2236, par. 11.

Toutes ces expressions déculpabilisent l'homme violent. L'exercice de la violence unilatérale doit être distingué des disputes réciproques. Autrement, les tribunaux sont portés à qualifier une vie de couple comme étant « ponctuée de querelles et caractérisée par des relations tendues¹⁵⁵ », alors qu'il est en réalité question d'une relation asymétrique où l'homme a sauvagement battu la femme¹⁵⁶ et lui a infligé « insultes, sévices et mauvais traitements¹⁵⁷ ».

Cette requalification des violences en disputes favorise le blâme des victimes, puisque la femme est perçue comme ayant une responsabilité égale dans la « chicane ». Un juge détermine qu'il existe « un certain climat de tension » entre un père et sa nouvelle conjointe, alors que l'enfant qui en a été témoin écrivait à sa mère au moment des faits : « *Papa arrete pas de frapper [la nouvelle conjointe] et je sais pas quoi faire*¹⁵⁸ ». Le juge poursuit avec une question rhétorique qui blâme la victime autant que l'agresseur : « Ne réalisent-ils pas l'impact négatif que de tels événements peuvent avoir sur leurs enfants qui assistent malgré eux à ces événements déplorables¹⁵⁹ »?

Si le blâme des victimes peut dépasser le cadre du sexisme terminologique¹⁶⁰, ce dernier, même employé par des personnes qui n'adhèrent pas à cette vision de la violence conjugale, ouvre grande la porte à tout un ensemble de stéréotypes ainsi légitimés.

Mythes et préjugés : Le blâme des victimes et la déresponsabilisation des agresseurs

Au-delà du rapprochement entre la violence unilatérale et la dispute symétrique, d'autres formulations sexistes renforcent les

155. R. c. *Staudinger*, 2004 CanLII 39138, par. 6 (QC C.A.).

156. *Id.*, par. 8.

157. *Id.*, par. 7.

158. *Droit de la famille — 152353*, 2015 QCCS 4393, par. 40 (l'italique est de nous).

159. *Id.*, par. 44 (l'italique est de nous).

160. Dans l'affaire R. c. *Lynch*, 2001 CanLII 27025 (QC C.M.), par exemple, une agression violente est décrite comme un « affaiblissement marqué de contrôle, et ce, de part et d'autre ».

mythes et les préjugés relatifs aux violences patriarcales : les femmes choisissent de rester dans une relation violente, les femmes battues exagèrent la violence qu'elles ont subie, les hommes violents sont de bonnes personnes qui ne cherchent pas à faire du tort, etc. Ce passage de l'affaire *R. c. Girard* illustre par ailleurs la difficulté à délimiter précisément le sexisme de forme baignant dans un sexisme de fond :

[7] [...] [Le criminologue] met notamment en exergue une première relation affective que l'accusée entreprend à l'âge de 17 ans, *assez difficile puisque son conjoint était un homme violent physiquement et verbalement* [...] la prévenue **profitera** du séjour de son compagnon dans une maison de désintoxication pour mettre un terme à leur relation.

[8] Elle **récidive** peu de temps après, avec un homme affecté par un problème de consommation de cocaïne et qui *faisait également le commerce de la drogue pour supporter son habitude* [...] Pour rompre, l'accusée **répète le même manège** que la première fois¹⁶¹.

Dans cet extrait, la femme est présentée comme choisissant de fréquenter des hommes violents avec l'emploi du mot *récidive*. Elle est blâmée non seulement pour avoir côtoyé des hommes violents et criminalisés, mais aussi pour les avoir laissés. Elle est présentée comme manipulatrice plutôt que prise au piège, alors qu'elle *profite* d'un *manège* pour échapper à la violence conjugale. Ce type de formulation accusatrice intervient souvent lorsqu'une femme est jugée pour avoir tué son mari violent¹⁶² ou lorsqu'une mère perd la garde de ses enfants parce que son nouveau conjoint est violent envers elle¹⁶³.

161. *R. c. Girard*, 2004 CanLII 43119 (QC C.Q.) (italique dans l'original; le gras est de nous).

162. Voir à ce sujet les travaux d'Elizabeth Sheehy, notamment Elizabeth A. SHEEHY, *Defending Battered Women on Trial: Lessons from the Transcripts*, Vancouver, UBC Press, 2013.

163. Voir Megan SHIPLEY, « Reviled Mothers: Custody Modification Cases Involving Domestic Violence », (2011) 86 *Ind. L.J.* 1587.

Finalement, une autre manifestation du sexisme terminologique est la requalification de la violence masculine comme un événement discret : un *incident*, un *emportement*, un *acte pulsionnel*. Cette vision de la violence patriarcale ne rend pas compte de son fonctionnement réel. Elle nous empêche de prendre conscience de son ampleur et de la criminaliser dans ce qu'elle a de plus fréquent¹⁶⁴.

On additionne le capacitisme au sexisme lorsqu'on parle des violences comme d'un *geste fou* ou de l'*œuvre d'un maniaque*, renforçant ainsi l'idée que les hommes violents sont atteints de troubles mentaux, et surtout que les hommes « normaux » ne sont pas violents. Qu'il soit pathologique ou l'effet d'une « pulsion » difficile à contrôler, le geste violent devient moins grave puisqu'il n'est pas prémédité, n'a pas pour but d'écraser la personnalité de la victime et de la contrôler. Par exemple, dans une décision sur la garde, un juge écrit : « Surtout, Monsieur n'a jamais posé de gestes inappropriés vis-à-vis ses fils. Certes, il aurait dû *se retenir* et éviter que ses enfants soient témoins de la violence, mais ces derniers n'en ont jamais été victimes personnellement¹⁶⁵ ».

Au-delà du problème que présente une séparation artificielle entre la violence faite à la mère et l'intérêt des enfants¹⁶⁶, l'emploi du verbe *se retenir* suppose que l'homme violent succombe à une pulsion de violence. Comparons avec la formulation alternative suivante: « Il a choisi de violenter Madame en présence de ses enfants, mais ces derniers n'ont pas été victimes personnellement de sa violence. » Cette formulation alternative présente la violence

164. Evan STARK, « Commentary on Johnson's "Conflict and Control: Gender Symmetry and Asymmetry in Domestic Violence" », (2006) 12-11 *Violence against Women* 1019.

165. *Droit de la famille* — 16896, 2016 QCCS 1771, par. 40 (l'italique est de nous).

166. La littérature à ce sujet est abondante. Voir, par exemple, Joan S. MEIER, « Domestic Violence, Child Custody, and Child Protection: Understanding Judicial Resistance and Imagining the Solutions », (2003) 11-2 *Journal of Gender, Social Policy & The Law* 657, 703-707.

conjugale non pas comme une perte de contrôle, mais plutôt comme une prise de contrôle¹⁶⁷.

Un autre juge occulte la volonté de domination de l'homme violent et suggère que son comportement relève d'une perte de contrôle provoquée par des circonstances momentanées et éphémères, de sorte qu'il doit être remis en liberté :

Indéniablement, l'accusé selon ce qu'il m'est donné de constater, a *perdu complètement le contrôle de ses réactions* à la suite des *difficultés conjugales* auxquelles *il était confronté* avec sa conjointe. Il semble que, comme cela arrive souvent, le temps ait fait son œuvre et que les choses se soient calmées¹⁶⁸.

La déresponsabilisation est triple : la *perte de contrôle* exclut toute volonté de domination, les *difficultés conjugales* présentent une relation symétrique plutôt qu'une dynamique oppressive et la mention *il était confronté* fait de l'accusé la victime d'une situation qui lui échappe. Présenter la violence conjugale comme une difficulté passagère renforce ces procédés.

Conclusion : la culture du viol s'infiltré dans le langage du droit

Comme l'explique Dale Spender dans *Man Made Language*, les hommes, détenant le monopole du langage, y ont inscrit leur vision du monde et l'oppression des femmes¹⁶⁹. Il nous faut donc accorder une attention particulière aux mots qui « constantly re-enact and reinforce the commonsense 'normality' of sexist assump-

167. Evan STARK, « Re-presenting Woman Battering: From Battered Woman Syndrome to Coercive Control », (1994) 58 *Alb. L. Rev.* 973, 986; J.S. MEIER, préc., note 166, p. 696.

168. R. c. Solano, 2005 CanLII 9953, par. 12 (QC C.S.) (l'italique est de nous).

169. Dale SPENDER, *Man Made Language*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1980.

tions¹⁷⁰ », et populariser les expressions qui peuvent mettre en lumière les violences masculines.

Or, le langage employé en droit pour décrire les violences patriarcales témoigne de différents procédés d'euphémisation et de déresponsabilisation des hommes violents. Ces procédés peuvent trahir des raisonnements empreints de mythes sur les violences patriarcales, mais ils peuvent aussi être employés sans y penser, même par des (pro)féministes. Dans un cas ou dans l'autre, ils ont un impact concret sur le droit, que ce soit en éduquant l'appréciation des faits du tribunal ou du jury, en influant sur la peine attribuée à l'issue d'un procès criminel ou en humiliant les victimes¹⁷¹.

B. Discrimination dans la différence : l'essentialisation et les stéréotypes de genre dans le langage juridique

Le sexisme terminologique légitimise les stéréotypes de genre et essentialise les rôles traditionnellement féminins ou masculins. Nous abordons ici trois enjeux : la psychiatrisation des femmes, la glorification du « sexe masculin » et le maintien de la division sexuelle du travail.

« Toutes des hystériques! » : la psychiatrisation des femmes comme discrimination langagière

« What we consider 'madness', whether it appears in women or in men, is either the acting out of the devalued female role or the total or partial rejection of one's sex-role stereotype¹⁷² » : Phyllis Chesler décrit ainsi comment la société patriarcale établit les

170. Deborah CAMERON, *The Feminist Critique of Language: A Reader*, Londres, Routledge, 1998, p. 11.

171. Diane CROCKER, « Regulating Intimacy », (2005) 11-2 *Violence against Women* 197; S.L. EHRLICH, préc., note 133; Sharon LAMB et Susan KEON, « Blaming the Perpetrator: Language that Distorts Reality in Newspaper Articles on Men Battering Women », (1995) 19-2 *Psychology of Women Quarterly* 209.

172. Phyllis CHESLER, *Women and Madness*, Garden City, Doubleday, 1972, p. 56.

normes de comportement « normal » dont la transgression est jugée pathologique. De nombreuses chercheuses féministes, dont Chesler, ont mis en relief l'histoire misogyne de la psychiatrie. Elles rapportent que les femmes sont plus nombreuses que les hommes à être affublées d'un diagnostic de maladie mentale, et ce, depuis le XVIII^e siècle¹⁷³.

L'institution de la santé mentale a permis aux maris et à la société d'isoler et de punir celles qui ne remplissaient pas leur rôle attendu de femme ou de mère. La notion d'*hystérie* a joué un rôle clé dans cette histoire. Expression issue du mot grec désignant l'utérus, *hystérie* se réfère à une pseudo-maladie mentale explicitement genrée qui était, au XVIII^e siècle, diagnostiquée avec tant d'engouement qu'on en parlait comme de l'« état naturel de la femme¹⁷⁴ ».

L'histoire de la psychiatisation des femmes¹⁷⁵ explique certains des stéréotypes qui pullulent dans les cultures populaire et juridique. L'idée selon laquelle les femmes qui s'affirment ou adoptent des attitudes jugées masculines seraient « toutes des folles » est ainsi intimement liée à l'histoire de la psychiatrie et au projet de pathologiser les femmes qui dérangent. Si l'hystérie n'est généralement plus considérée comme une vraie maladie mentale¹⁷⁶, elle survit comme insulte avec le même objectif de soumettre les femmes à des rôles genrés stricts. Dans le langage courant, d'autres insultes

173. Jane M. USSHER, *The Madness of Women: Myth and Experience*, Routledge, 2011.

174. *Id.*, p. 9.

175. Pour en savoir plus sur l'histoire de l'hystérie et la nature genrée de la santé mentale, voir Phyllis CHESLER, *Women and Madness*, Palgrave Macmillan, 2005; J.M. USSHER, préc., note 173; Jane M. USSHER, *Women's Madness: Misogyny or Mental Illness?*, University of Massachusetts Press, 1991; Mary B. BALLOU et Laura S. BROWN, *Rethinking Mental Health and Disorder: Feminist Perspectives*, Guilford Press, 2002; Laura HIRSHBEIN, « Sex and Gender in Psychiatry: A View from History », (2010) 31-2 *Journal of Medical Humanities* 155.

176. L'hystérie n'apparaît plus comme telle à partir du DSM-III : Pierre PICHOT ET AUTRES, *DSM-III : Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, 1983.

également genrées dans leur emploi côtoient l'hystérie : *névrosée, frustrée, maniaque, folle à chats, capotée*, etc.¹⁷⁷ Ces expressions relèvent du sexisme terminologique (et, par ailleurs, du capacitisme linguistique) en ce qu'elles renforcent des stéréotypes sur la fragilité mentale et l'instabilité des femmes – par contraste avec la rationalité du « sexe fort ».

Les mythes sur la santé mentale des femmes n'épargnent pas le droit, comme en témoigne un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui ordonne un nouveau procès en raison du sexisme du juge de première instance, qui avait notamment traité l'avocate de la défense d'hystérique¹⁷⁸. La psychiatrisation des femmes n'est pas sans rappeler la fermeture traditionnelle de la common law au préjudice émotionnel ou psychologique, typiquement associé aux femmes dont on craignait qu'elles « exagèrent » et « dérangent » les tribunaux pour un rien. Lucinda Finlay relate : « historically, women's complaints of pain or injury have often been dismissed as emotional or hysterical complaints, while men's complaints about the same ailment were more likely to be treated as serious physical harm¹⁷⁹ ». Loin d'être uniquement une question langagière, l'association des femmes à l'hystérie a ainsi permis leur marginalisation et la priorisation des intérêts masculins en matière de responsabilité extra-contractuelle¹⁸⁰. Cette marginalisation s'est notamment fait sentir dans le refus d'indemniser des fausses couches ou des blessures physiques pendant une grossesse : « Women were perceived as highly sensitive and hysterical in a manner rendering the harm caused to them (usually to their pregnancy) unforeseeable and

177. Céline HEQUET, « Hystérique », dans S. ZACCOUR et M. LESSARD (dir.), préc., note 102, p. 95-102.

178. *Hébert c. La Reine*, préc., note 3.

179. Lucinda M. FINLEY, « A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course », (1989) 1 *Yale JL & Feminism* 41, 65.

180. Martha CHAMALLAS et Linda K. KERBER, « Women, Mothers, and the Law of Fright: A History », (1990) 88-4 *Michigan Law Review* 814; Lisa M. RUDA, « Caps on Noneconomic Damages and the Female Plaintiff: Heeding the Warning Signs Note », (1993) 44 *Case W. Res. L. Rev.* 197; Yifat BITTON, « Liability of Bias: A Comparative Study of Gender-Related Interests in Negligence Law », (2010) 16 *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 63.

hence, not compensable¹⁸¹ ». Une telle méfiance historique envers les dommages non pécuniaires au féminin est d'autant plus significative que les femmes, et particulièrement les femmes racisées, subissent également la reproduction des discriminations salariales dans le calcul des dommages pécuniaires¹⁸².

L'histoire de l'hystérie féminine en psychiatrie et en droit suggère l'importance d'une vigilance particulière quant à la reconduction des stéréotypes par le langage juridique. Or, on observe encore aujourd'hui un vocabulaire de psychiatrisation des femmes dans les témoignages, les plaidoiries et les décisions. Ce sont surtout des femmes qui sont pathologisées et discréditées par l'emploi de l'étiquette *hystérique*, et ce, dans différents domaines de droit.

En droit des familles, notamment, les femmes écopent d'un double standard qui fait d'elles des cibles idéales de pathologisation. Comme le constate Phyllis Chesler, « [m]ost [experts] tend to have a double-standard for mental health : one for men, another for women[,] and tend to blame and diagnostically label mothers when they fall short of idealized expectations of motherhood¹⁸³ ». La pathologisation se fait également par les juges, comme ici : « [Le père] est apparu à la Cour comme nettement plus calme et pondéré, pour ne pas dire plus équilibré, que la [mère]. La Cour note en sus l'agressivité, sinon *l'hystérie, évidente de la [mère]*¹⁸⁴ ». On emploie ici un mot genré, capacitiste et très connoté plutôt que de simplement qualifier la mère de non crédible ou d'agitée. Puiser dans le vocabulaire de la maladie mentale associe fondamentalement le manque de crédibilité à la féminité de la témoin, comme dans cet

181. Y. BITTON, préc., note 180, 65.

182. Martha CHAMALLAS, « Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss », (2004) 38 *Loy. L.A. L. Rev.* 1435, 1438-1439; Elizabeth ADJIN-TETTEY, « Replicating and Perpetuating Inequalities in Personal Injury Claims Through Female-Specific Contingencies », (2003) 49 *McGill L.J.* 309.

183. Phyllis CHESLER, *Mothers on Trial: The Battle for Children and Custody*, Chicago, Chicago Review Press, 2011, p. 59.

184. *Droit de la famille — 101255*, 2010 QCCS 2387, par. 20 (l'italique est de nous).

autre exemple : « Le défendeur est calme et en contrôle de lui-même, contrairement à la demanderesse qui *s'enflamme et s'excite au point d'en devenir hystérique*¹⁸⁵ ».

Une inquiétude supplémentaire émerge du constat que le sexisme terminologique est souvent corrélé avec des allégations de violence conjugale ou paternelle, de sorte que l'insulte sert à décrédibiliser l'allégation de violence (par exemple, lorsque la mère est traitée de « delusional »), à en distraire le tribunal ou à présenter la femme violentée comme une « hystérique » qui exagère la violence du père¹⁸⁶. L'utilisation réussie du sexisme terminologique par des hommes pour masquer leur violence montre l'importance pour les différentes actrices du système, et notamment les juges, de faire preuve de vigilance.

La castration du droit et la glorification du « sexe masculin »

Les personnes courageuses *ont des couilles*, tandis que les mauviettes *doivent s'en faire pousser une paire*. Alors que le langage sexiste associe la féminité à l'hystérie, la virilité, quant à elle, est glorifiée. Aussi surprenant que cela puisse sembler, des acteurs et actrices juridiques, et même la Cour suprême, participent à ces associations sexistes, essentialisantes et transmisogynes¹⁸⁷ par l'emploi d'un champ lexical relatif à la castration. Dans l'arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, rendu en 2012, la Cour suprême affirme qu'« on ne peut s'attendre à ce que les avocats se comportent comme des

185. *Droit de la famille* — 091654, 2009 QCCS 3115, par. 30 (l'italique est de nous).

186. Pour plus de détails, voir Suzanne ZACCOUR, « Crazy Women and Hysterical Mothers: The Use of Gendered Mental-Health-Related Labels in Custody Disputes », (2018) 31 *Can. J. Fam. L.* 55. Sur un type spécifique de pathologisation, l'« aliénation parentale », voir Suzanne ZACCOUR, « Parental Alienation in Quebec Custody Litigation », (2018) 59 *C. de D.* 1073.

187. La transmisogynie est une oppression à l'intersection de la misogynie et de la transphobie. Il est transphobe et cissexiste d'associer le fait de posséder certains organes génitaux à un genre ou à un autre. En l'occurrence, notre emploi de la désignation « sexe masculin » ne traduit pas une acceptation d'une vision binaire, fixe et biologique du sexe et du genre; nous voulons plutôt replacer les procédés sexistes dans le contexte d'une vision cissexiste mise en avant par des juristes.

eunuques de la parole¹⁸⁸ ». Le plus haut tribunal du pays affirme ici que les avocats – et les avocates! – doivent maintenir une certaine liberté d'expression *virile*, sans quoi on risque de les *efféminer*. On associe ainsi le pouvoir, la liberté et l'opinion aux testicules, et par extension aux hommes, alors que perdre ces atouts rapproche les avocat·es d'une corporalité et de comportements dits féminins.

La jurisprudence enseigne que, en plus des avocat·es, ce sont également les cours supérieures qui doivent être protégées de la castration. « The inherent jurisdiction of the court is a virile and viable doctrine¹⁸⁹ », nous dit-on. Dans l'arrêt *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, la Cour suprême met en garde contre l'érosion des pouvoirs essentiels des cours supérieures : « To remove any part of this core *emasculates* the court, making it something other than a superior court¹⁹⁰ ». Les cours supérieures sont ainsi imaginées comme des entités masculines, ou du moins dotées de testicules, qui doivent être protégées pour ne pas perdre leur « virilité ». Cela associe la « féminisation » des cours avec leur déclin. L'idée implicite est qu'un homme sans testicules n'a pas la force morale, intellectuelle ou physique d'un « vrai homme ».

Sur une note plus positive, cet arrêt montre également le pouvoir et le rôle des traductrices et traducteurs dans la résistance au sexisme terminologique. L'analyse bilingue du texte révèle le

188. *Doré c. Barreau du Québec*, préc., note 101, par. 68 (l'italique est de nous).

189. *Goodwin v. Rodgerson*, 2002 NSCA 137, par. 12 citant *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 37, 1982, p. 23.

190. *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 30 (l'italique est de nous). Nous remercions le professeur Robert Leckey d'avoir porté cet exemple à notre connaissance.

travail invisible de désexisation du jugement par une traductrice, puisque la version française se lit comme suit :

To remove any part of
this core *emasculates*
the court, making it
something other than
a superior court.

Lui retirer une partie de
cette compétence fonda-
mentale *affaiblit* la cour,
en en faisant quelque
chose d'autre qu'une cour
supérieure¹⁹¹.

Alors qu'il semble saugrenu que la Cour suprême emploie un tel langage lié à la castration, cet arrêt n'est pas unique en son genre. Le verbe *émasculer* est aussi employé dans l'arrêt *R. c. S. (P.L.)* : « Cela aurait pour effet *d'émasculer* la disposition réparatrice¹⁹² ».

L'émasculatation est toujours associée à l'exagération, à l'extrême qui mène le droit à une perte de sens¹⁹³. La perte de la virilité du droit serait une catastrophe. C'est d'ailleurs tout le système juridique dont la « masculinité » doit être protégée : non seulement les cours, mais également la loi et les juges. Voici ce qu'en dit le Conseil canadien de la magistrature : « Les juges ne sont pas “et la société ne veut pas qu'ils soient” des *eunuques* intellectuels dénués de toute conception philosophique de la vie, de la société, du gouvernement ou du droit¹⁹⁴ ».

La Cour d'appel du Québec, quant à elle, parle de l'émasculatation de la loi dans un arrêt de 1996 encore cité par les tribunaux

191. *Id.*

192. *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909 (l'italique est de nous).

193. Voir aussi : *Ledu (Faillite de)*, 2000 CanLII 18801, par. 26 (QC C.S.); *Canadian Royalties Inc. c. Nearctic Nickel Mines Inc.*, 2015 QCCS 5145, par. 4.

194. Rapport du Conseil canadien de la magistrature au ministre de la Justice du Canada aux termes du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* relativement à la conduite de M. le juge Jean Bienvenue de la Cour supérieure du Québec dans la cause *La Reine c. T. Thériège* (1^{er} octobre 1996), p. 7 (l'italique est de nous).

en 2015 : « “S’il est vrai [...] qu’il n’appartient pas aux cours de pallier [les] défauts [...] du Tarif”, ceux-ci, en revanche, ne doivent pas servir à *émasculer* l’objet de l’article 15¹⁹⁵ ». Elle récidive en 2004 en rapportant que « [l]a solution retenue par le juge de première instance aurait donc pour effet d’*émasculer* totalement la loi¹⁹⁶ ».

Notons en terminant que l’image de l’émasculatation n’est peut-être que l’exemple le plus frappant de la glorification du masculin. Le sexisme terminologique se trouve aussi dans l’emploi de termes comme *viril* ou *virilité*, que ce soit pour euphémiser une violence dénoncée¹⁹⁷ ou pour normaliser un comportement que l’on ne désire pas punir¹⁹⁸. Tenter de faire passer un comportement inapproprié pour un comportement *viril*¹⁹⁹ renforce les stéréotypes sur l’agressivité inhérente à la masculinité (*boys will be boys*). Ce vocabulaire, surtout combiné au masculin générique, peut également participer à l’exclusion des femmes du narratif juridique, puisque la *virilité*, du mot latin *vir* (« homme »), ne s’étend pas *a priori* aux femmes. Que penser, alors, de ce genre de propos : « Il va de soi que, dans l’exercice de leurs fonctions, les policiers peuvent parfois être appelés à intervenir de façon vigoureuse et virile et qu’ils puissent être eux-mêmes l’objet d’agressions²⁰⁰ »?

Le désir de colorer un jugement ne devrait pas se faire au détriment de sa neutralité par rapport au genre. Il est à espérer que, comme la traductrice anonyme de l’affaire *MacMillan Bloedel Ltd. v.*

195. *Caisse de dépôt et placement du Québec c. Investissements Oxdon inc.*, 1996 CanLII 5664 (QC C.A.), discuté dans *Construction Kiewit Cie c. Hydro-Québec*, 2015 QCCS 624, par. 23 (l’italique est de nous).

196. *Québec (Procureur général) c. Gosselin*, 2004 CanLII 21367 (QC C.A.), par. 35 (l’italique est de nous).

197. *Mateian c. Oussou*, 2015 QCCQ 5379, par. 16.

198. *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Beaulieu*, 2008 QCCS 6863, par. 17.

199. Voir : *Choinière c. Syndicat de la fonction publique du Québec*, 2004 QCCRT 72, par. 28-29; *Desfossés c. Centre de formation professionnelle Qualitech*, 2011 QCCQ 841, par. 51 et 54.

200. *Centre hospitalier/Centre d’accueil Gouin-Rosemont*, [1999] n° AZ-99301012 (C.L.P.) notamment cité dans *C.H.S.L.D. Ste-Rita*, 2002 CanLII 70580 (QC C.L.P.), par. 16.

Simpson, de plus en plus d'actrices et d'acteurs juridiques choisiront de puiser dans les synonymes et de paraphraser les expressions sexistes qui établissent les hommes et les femmes comme essentiellement différentes et inégales.

La division sexuelle du travail et sa naturalisation sexiste dans les lois et jugements

Une autre conséquence de l'essentialisation des stéréotypes de genre est le renforcement de la division sexuelle du travail avec des expressions qui essentialisent ou naturalisent le travail ménager. La *Loi sur la reconnaissance de l'apport des aidants naturels*, du Manitoba, emploie par exemple l'expression *aidant naturel*, ainsi définie :

« **aidant naturel** » Personne qui, sans rémunération et d'une façon informelle, donne des soins personnels, apporte un appui ou fournit de l'aide à une autre personne dont la vie est difficile en raison :

- a) d'un handicap;
- b) d'une maladie;
- c) d'une blessure;
- d) de l'âge. ("caregiver")

“**caregiver**” means a person who provides informal and unpaid personal care, support or assistance to another person because that other person lives with challenges due to

- (a) a disability;
- (b) an illness;
- (c) an injury; or
- (d) aging. (“aidant naturel”)²⁰¹

Outre la formulation masculine désignant une fonction typiquement féminine²⁰², l'emploi du qualificatif *naturel* naturalise

201. *Loi sur la reconnaissance de l'apport des aidants naturels*, C.P.L.M., c. C-24, art. 1.

202. CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Les proches aidantes et les proches aidants au Québec : Analyse différenciée selon les sexes*, Mars 2018, en ligne : <https://www.csf.gouv.qc.ca/wp-content/uploads/por_proches_aidants20180419_web.pdf>.

le travail de *care* (soin aux personnes) attribué aux femmes. Or, si les femmes effectuent ce travail, ce n'est pas en raison d'une « vocation naturelle » ou d'un quelconque « instinct maternel », mais bien pour cause de socialisation genrée, de rapports économiques inégaux et de division sexuelle du travail. Ces facteurs sociaux sont occultés par le qualificatif *naturel*²⁰³. Les féministes qui travaillent sur la question privilégient ainsi l'appellation *proche aidante* ou *proche aidant*²⁰⁴.

Le choix linguistique de la version française de la loi manitobaine perpétue l'idée qu'il est dans l'ordre des choses que l'aide aux proches soit exercée dans sa forme actuelle : dans la sphère privée, de façon gratuite, et par des femmes. Le titre anglais, *The Caregiver Recognition Act*, s'avère non seulement épïcène mais également non naturalisant; une formulation de type *natural helper* n'a pas été retenue. Ce décalage en matière de traduction est d'autant plus malvenu que la loi vise justement à valoriser le travail des proches aidant·es. Le Manitoba est d'ailleurs « la seule province à reconnaître formellement, dans sa loi, la contribution des proches aidant·es à la société²⁰⁵ ».

Toujours au Manitoba, la *Loi sur les écoles publiques* emploie les expressions sexistes *école maternelle* et *langue maternelle* qui naturalisent également le travail de soins aux jeunes enfants effectué par les femmes. Bien qu'il soit effectivement probable que la première langue d'une personne soit celle de sa mère, l'expression *langue maternelle* exclut d'emblée que la première langue apprise

203. Camille ROBERT, « Lessivée », dans S. ZACCOUR et M. LESSARD (dir.), préc., note 102, p. 128, à la page 134.

204. Voir, par exemple, CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Note concernant la situation des proches aidantes âgées*, 20 décembre 2007, en ligne : <www.csf.gouv.qc.ca/wp-content/uploads/note-concernant-la-situation-des-proches-aidantes-agees.pdf>.

205. THE CHANGE FOUNDATION, *Legislation Supporting Family Caregivers in Canadian Jurisdictions and Selected International Jurisdictions*, 2016, p. 4, en ligne : <www.changefoundation.ca/site/wp-content/uploads/2016/05/ResourcesLegislationPolicies-FINAL.pdf> (notre traduction).

soit celle du père. L'expression *langue paternelle* poserait le problème inverse en invisibilisant les différences de genre plutôt que de les remettre en question. L'expression *première langue*, retenue dans la version anglaise de la loi, est nettement préférable :

« aide au programme d'anglais langue additionnelle » Aide accordée aux élèves dont la *langue principale ou maternelle* n'est pas l'anglais.

“English as an additional language support” means support for pupils whose *first or other primary language* is not English²⁰⁶.

La même critique s'applique à l'expression *école maternelle*, (*kindergarten* en anglais), qui aurait pu être rendue par *école préparatoire* ou *école enfantine*, des termes non sexistes et tout aussi clairs.

Cette forme de sexisme terminologique, qui dépasse évidemment les frontières du Manitoba, est insidieuse et passe facilement inaperçue. La vigilance est de mise notamment en matière de droits linguistiques, où la Cour suprême oscille entre les expressions *langue maternelle* et des formulations non sexistes et peut-être plus précises comme *leur langue*, *sa propre langue* ou *première langue apprise et encore comprise*²⁰⁷. Dans un domaine où les inégalités se révèlent tenaces malgré l'égalité formelle, soit la répartition des tâches ménagères et de soins aux personnes dans la sphère « privée », la dénaturalisation des expressions sexistes offre au droit une avenue pertinente pour contribuer, modestement mais concrètement, au projet d'égalité.

206. *Règlement sur le programme de financement des écoles*, Règl. 259/2006 (Manitoba), art. 1 (l'italique est de nous).

207. Voir : R. c. *Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

CONCLUSION : UN·E JURISTE NOUVEAU GENRE

La linguiste Marina Yaguello rapporte que « la place de la femme dans [la] langue est le reflet de sa place dans la société²⁰⁸ ». Par extension, le peu de considération que la langue juridique accorde aux femmes et aux personnes non binaires est indissociable de la marginalisation de leurs intérêts en droit. La complicité, la résistance ou la passivité devant le sexisme langagier influence, symboliquement et concrètement, le rapport du droit aux inégalités de genre.

Notre panorama des défis que la langue présente aux juristes dresse la table pour positionner le sexisme langagier comme un champ d'étude en bonne et due forme. Plutôt que d'étudier en isolation la féminisation des métiers et des phrases, l'euphémisation des violences sexuelles, la décrédibilisation des femmes ou le mégenrage des personnes trans, nous proposons d'évaluer ces enjeux comme les multiples facettes d'un seul et même problème : le sexisme langagier dans le droit.

D'une part, la communauté juridique peine encore à féminiser pleinement les titres de fonction et les noms d'organismes, rendant ainsi invisibles les femmes qui percent le plafond de verre. L'occultation des femmes occupant des positions de pouvoir, de connaissance ou de prestige peut être décrite comme un plafond de verre linguistique. En ce qui concerne la syntaxe, la règle du « masculin qui l'emporte » domine encore le discours juridique francophone, bien que certaines autorités avalisent diverses stratégies de féminisation.

D'autre part, le sexisme terminologique contamine notre manière de raconter les faits et de dire le droit. Les formules employées banalisent les violences patriarcales en euphémisant le viol, en blâ-

208. Marina YAGUELLO, *Les mots et les femmes: Essai d'approche socio-linguistique de la condition féminine*, Paris, Petite Bibliothèque Payot, 1982, p. 10.

mant les victimes, en déresponsabilisant les agresseurs et en opérant un chevauchement entre la sexualité et la violence. En outre, des expressions essentialisantes psychiatrisent les femmes, font du « sexe masculin » un symbole de pouvoir et renforcent la division sexuelle du travail. Chacune de ces conséquences fait obstacle à la pleine égalité des genres, qui bénéficierait – ou bénéficiera – d’une plus grande attention de la part de la communauté juridique et des jurilinguistes envers le poids des mots.

Le sexisme langagier, aussi vaste soit-il, n’est pourtant qu’une itération d’un problème encore plus large: l’emploi de la langue pour reproduire les rapports de domination. Une étude comparable devra être faite pour cartographier dans la langue juridique d’autres oppressions tels le racisme, le capacitisme et le spécisme, ainsi que leurs multiples intersections.

LA JURILINGUISTIQUE ET L'ÉGALITÉ : LES DROITS LINGUISTIQUES EN TANT QU'ACCORDS INCOMPLÈTEMENT THÉORISÉS

par Érik LABELLE EASTAUGH*

Par l'entremise de l'interprétation des lois bilingues, la jurilinguistique permet aux tribunaux de mieux protéger l'égalité des communautés de langue officielle lorsque celle-ci fait l'objet d'une garantie législative ou constitutionnelle particulière. De telles garanties traduisent souvent ce que le constitutionnaliste américain Cass R. Sunstein appelle un « accord incomplètement théorisé », en ce sens qu'elles énoncent une norme juridique dont le constituant n'aurait pas fixé à l'avance toutes les implications conceptuelles et pratiques. Or, l'existence de deux versions du même texte législatif ou constitutionnel offre un champ sémantique plus riche permettant d'apporter des nuances additionnelles qui peuvent, par la suite, aider à déterminer la conception de l'égalité la mieux adaptée à l'objet de la garantie et aux circonstances du cas d'espèce. L'importance d'une telle richesse sémantique est particulièrement bien illustrée par l'arrêt Mahe c. Alberta de la Cour suprême du Canada, décision charnière eu égard au principe d'égalité en matière de droits linguistiques, dans laquelle l'interprétation des lois bilingues a joué un rôle déterminant. Dans cette optique, l'auteur du présent article effectue un examen approfondi de l'arrêt Mahe dans le but notamment de souligner l'utilité d'une démarche qui voit dans l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés l'expression d'un accord incomplètement théorisé.

*. Professeur adjoint et directeur de l'Observatoire international des droits linguistiques, Faculté de droit, Université de Moncton; avocat-conseil, CazaSaikaley s.r.l., Ottawa, Ontario. Le présent article a été présenté sous forme préliminaire lors du 11^{ème} Institut d'été de jurilinguistique, organisé par le Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, Faculté de droit, Université McGill. L'auteur tient également à remercier Philippe Morin pour ses commentaires.

*Through its role in the interpretation of bilingual legal texts, jurilinguistics enables courts to better protect the equality of official language communities when that equality is the subject of legislative or constitutional guarantees. Equality rights often represent what the American constitutional scholar Cass R. Sunstein calls "incompletely theorized agreements" in that they express a legal norm whose full conceptual and practical implications were not determined in advance by lawmakers. Constitutional or legal texts that are drafted in two different languages offer a richer semantic field which can provide greater interpretive flexibility and thereby enable courts to settle on the conception of equality that is best suited to the purpose of the guarantee and the context at issue. The value of this kind of semantic richness is well illustrated by the Supreme Court of Canada's decision in *Mahe v. Alberta*, a landmark ruling with respect to equality as it pertains to official language rights in which bilingual interpretation played a critical role. The author of the present article offers an in-depth analysis of this ruling for the purpose of highlighting the analytical value of framing section 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms as the product of an incompletely theorized agreement.*

SOMMAIRE

1. Introduction	303
2. L'égalité et les accords incomplètement théorisés	308
3. L'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés en tant qu'accord incomplètement théorisé	314
a) Une mise en scène : l'arrêt <i>Mahe c. Alberta</i>	314
b) L'accord de principe qui sous-tend l'article 23 de la Charte	316
i. L'exclusion d'un droit à des « commissions scolaires »	318
ii. Les « écoles » en tant qu'« établissements »	320
iii. Un compromis dont le contenu reste à définir	324
4. Le rôle de l'interprétation bilingue	326
a) La dimension administrative du droit	327
b) Le droit de gestion	328
5. L'article 16 de la Charte canadienne des droits et libertés	332
6. Conclusion : la richesse sémantique et l'avantage des lois bilingues	341

1. Introduction

La jurilinguistique a contribué de façon marquée à la progression vers l'égalité des deux communautés de langue officielle du Canada. Même s'il n'existe aucun lien intrinsèque entre cette science plutôt vaste – selon Jean-Claude Gémard, ce n'est rien de moins que « l'application d'un traitement linguistique aux textes juridiques sous toutes leurs formes¹ » – et l'égalité sociale ou politique, certains domaines de la jurilinguistique entretiennent néanmoins des liens étroits avec celle-ci, du moins au Canada. Pensons, entre autres, au projet de la common law en français, qui a su améliorer l'accès au droit et donc à la justice pour les francophones habitant les provinces qui adhèrent à cette tradition juridique, ainsi qu'au projet d'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil québécois, qui cherche à donner sa juste place à la tradition et à la pensée civiliste dans le domaine du droit pancanadien.

Un autre aspect de la jurilinguistique qui mérite d'être souligné à ce sujet est celui de l'interprétation bilingue². La première *Loi sur les langues officielles* de 1969 (LLO 1969³), par exemple, incluait à son article 8 de nombreuses règles concernant l'interprétation des lois fédérales, forcément bilingues⁴, car cet aspect du droit contribue à la progression vers l'égalité des langues officielles à plusieurs égards. Premièrement, en exigeant que l'on accorde une importance égale aux deux versions d'un texte législatif ou constitutionnel, les principes de l'interprétation bilingue aident à rehausser le statut de la langue minoritaire dans la rédaction des lois, dans la pratique du

-
1. Jean-Claude GÉMAR, « Langage du droit et (juri)linguistique. États et fonctions de la jurilinguistique », dans Jean-Claude GÉMAR et Nicholas KASIRER (dir.), *Jurilinguistique : entre langues et droits – Jurilinguistics: Between Law and Language*, Montréal/Bruxelles, Éditions Thémis/Éditions juridiques Bruylant, 2005, p. 7.
 2. Voir Michel BASTARACHE, « Les difficultés relatives à la détermination de l'intention législative dans le contexte du bijuridisme et du bilinguisme législatif canadien », dans N. KASIRER et J.-C. GÉMAR (dir.), préc., note 1.
 3. *Loi sur les langues officielles*, S.C., 1970, c. 0-2.
 4. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 133.

droit et, par extension, dans la société en général⁵. En outre, et voilà qui retiendra surtout notre attention, l'interprétation bilingue offre un appui important à ceux qui cherchent à faire respecter l'esprit d'une garantie législative ou constitutionnelle d'égalité, que ce soit en matière de langues officielles ou par rapport à d'autres domaines.

L'égalité, faut-il le rappeler, constitue le principe fondamental et l'axe principal des droits linguistiques en droit canadien. Non seulement l'égalité des langues officielles fait-elle l'objet d'une garantie expresse à divers endroits⁶, mais il existe en outre une jurisprudence abondante statuant que les droits linguistiques sont réputés avoir pour objet, et ce, dans « tous les cas⁷ », la progression vers l'égalité des deux communautés linguistiques⁸. Les décisions relatives à l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont paradigmatiques à cet égard. Dans l'arrêt *Mahe c. Alberta*⁹, entre autres¹⁰, la Cour suprême du Canada a statué que l'instruction prodiguée à la minorité sous l'égide de l'article 23 doit être de qualité égale à celle que reçoit la majorité,

5. Michel BASTARACHE et autres, *Le droit de l'interprétation bilingue*, Montréal, LexisNexis Canada, 2009, p. 32; voir également Sébastien GRAMMOND, « La constitution bilingue : une visite guidée », dans Linda CARDINAL et François LAROCQUE (dir.), *La Constitution bilingue du Canada*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2017, p. 17.

6. Voir notamment : *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après « Charte »), art. 16 et 16.1; *Loi sur les langues officielles*, L.C. 1985, c. 31 (4^e suppl.), art. 2; *Loi sur les langues officielles du Nouveau Brunswick*, L.N.-B. 2002, c. O-0.5, art. 1.1; *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 2011, c. 198.

7. *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 25 (ci-après « arrêt Beaulac »).

8. Voir par exemple : arrêt *Beaulac*, préc., note 7; *Desrochers c. Canada (Industrie)*, [2009] 1 R.C.S. 194; *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2015] 2 R.C.S. 139; *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, 2001 CanLII 21164 (ON C.A.).

9. *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342 (ci-après « arrêt Mahe »).

10. Pour la décision la plus récente à cet égard, voir l'affaire *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, préc., note 8.

même si un tel principe n'a pas été énoncé explicitement par le constituant. L'analyse bilinguistique a joué un rôle de premier plan dans la concrétisation de ce principe en permettant aux tribunaux de mieux circonscrire l'objet réel de cette disposition.

Il est possible, à notre avis, de tirer certains éclairages théoriques de ce constat car, si l'analyse bilinguistique a été à ce point déterminante relativement à l'article 23, ce n'est pas seulement en raison de la simple existence de deux versions du même texte. L'importance d'une telle analyse en l'occurrence découle plutôt du fait que cet article cherche à consacrer une garantie d'égalité, dont la mise en œuvre, de par la nature d'une telle garantie, permet de mobiliser les avantages de l'interprétation bilingue. Comme la majorité des garanties constitutionnelles de cette nature, l'article 23 traduit ce que le constitutionnaliste américain Cass R. Sunstein nomme un « accord incomplètement théorisé » (*incompletely theorized agreement*), en ce qu'il énonce un principe général dont le constituant n'a pas fixé à l'avance toutes les ramifications conceptuelles et pratiques¹¹. Les accords incomplètement théorisés présentent des défis d'interprétation très importants dont la résolution est facilitée lorsque la disposition est rédigée dans plus d'une langue.

Le présent texte a pour objet d'illustrer le bien-fondé de cette hypothèse par l'intermédiaire d'une analyse détaillée de l'arrêt *Mahe* et des débats législatifs relatifs à l'article 23, tout en démontrant l'utilité d'une démarche qui voit dans celui-ci l'expression d'un « accord incomplètement théorisé ». Selon nous, l'adoption de ce cadre analytique permet de préciser davantage certains défis interprétatifs posés par l'article 23 et par les droits linguistiques de façon plus générale. Il faut souligner que notre but ne sera pas d'examiner en détail chaque aspect de cet article, car il fait déjà l'objet de telles

11. Cass R. SUNSTEIN, « Incompletely Theorized Agreements », (1995) 108 (7) *Harvard Law Review* 1733, 1739. Nous examinerons cette notion plus longuement dans la section suivante. Sunstein met également en évidence une autre variété d'accord incomplètement théorisé, à savoir les accords sur des règles ou des décisions précises qui ne font pas l'objet d'un consensus quant à la justification normative ou conceptuelle.

analyses¹². Nous chercherons plutôt à jeter un regard plus théorique sur l'interprétation de cet article retenue par les tribunaux en ce qui concerne les droits en matière de gestion scolaire, interprétation que certains ont qualifiée d'« activisme judiciaire » en raison d'incohérences apparentes entre celle-ci et les débats législatifs¹³.

Le sujet que nous nous proposons d'aborder est, peut-être malheureusement, d'une grande actualité car, bien que l'arrêt *Mahe* remonte à 1990, la démarche analytique devant guider l'interprétation des droits linguistiques demeure contestée de nos jours à certains égards. La question a été l'objet d'une importante controverse au cours des années 80 et 90¹⁴ en raison du virage vers une approche « restrictive » signalé par la fameuse « trilogie » de 1986¹⁵, virage ayant ensuite été démenti, du moins en partie, par des arrêts subséquents de la Cour suprême, notamment l'arrêt *Mahe*. L'indécision de la plus haute juridiction du pays s'est soldée par une incohérence manifeste dans les principes d'interprétation,

-
12. Voir notamment : Mark POWER, « Les droits linguistiques en matière d'éducation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 657; Michel DOUCET, « L'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés », (2013) 62 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 421; André BRAËN, « La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Mahe* », (1990) 21 *R.G.D.* 497-514. Pour une étude récente axée principalement sur l'expérience québécoise, voir Guillaume ROUSSEAU, « La langue de l'enseignement : le français de l'école à l'université », dans Guillaume ROUSSEAU et Éric POIRIER, *Le droit linguistique au Québec*, Montréal, LexisNexis, 2017, p. 217-343.
 13. Robert G. RICHARDS, « *Mahe v. Alberta: Management and Control of Minority Language Education* », (1990-91) 36 (1) *R.D. McGill* 216, 217.
 14. Voir par exemple : Leslie GREEN, « Are Language Rights Fundamental », (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 639; Pierre FOUCHER, « L'interprétation des droits linguistiques constitutionnels par la Cour suprême du Canada », (1987) 19 *Ottawa L. Rev.* 381; Alan RIDDELL, « À la recherche du temps perdu : la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80 », (1988) 29 *C. de D.* 829; Leslie GREEN et Denise RÉAUME, « Second-Class Rights – Principle and Compromise in the Charter », (1990) 13 *Dalhousie L.J.* 564.
 15. La trilogie était composée des décisions suivantes : *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549 (ci-après « arrêt *Société des Acadiens* »); *MacDonald c. City of Montreal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Bilodeau c. Attorney General of Manitoba*, [1986] 1 R.C.S. 449.

laquelle rendait davantage incertaine la portée des droits linguistiques et leur mise en œuvre plus difficile. En 1999, l'arrêt *R. c. Beaulac* cherchait à mettre fin à ce désordre en imposant un même ensemble de principes – plus généreux, faut-il le souligner, que ceux qui avaient été énoncés par la trilogie – à tous les droits linguistiques¹⁶. Toutefois, depuis l'arrêt *Caron c. Alberta*¹⁷, entre autres, les décisions de la Cour suprême sèment à nouveau la controverse, et d'aucuns s'inquiètent d'une possible renaissance de l'approche plus restrictive privilégiée dans la trilogie¹⁸. Un retour à l'incertitude à cet égard est d'autant plus inquiétant qu'il reste toujours plusieurs questions d'envergure n'ayant pas été analysées dans un arrêt de la Cour suprême, notamment en ce qui a trait à la portée des droits à l'égalité conférés par les articles 16 et 16.1 de la Charte¹⁹. Il y a donc lieu, à notre avis, de s'intéresser à nouveau aux fondements théoriques de l'interprétation des droits linguistiques.

Cela dit, nous n'avons pas pour ambition d'esquisser une théorie générale de l'interprétation des droits linguistiques, mais plutôt d'alimenter la discussion à son sujet en apportant certaines réflexions sur les avantages qui découlent d'une lecture de l'article 23 en tant qu'accord incomplètement théorisé. D'après nous, il en existe au moins trois. Premièrement, elle permet d'esquisser un schéma limpide de la structure fondamentale de l'article 23 en tant que norme et d'expliquer, voire de justifier, certaines conclusions retenues par les tribunaux à son sujet, et ce, en dépit des apparentes incohérences entre celles-ci et les débats législatifs, qu'elle

16. Arrêt *Beaulac*, préc., note 7.

17. *Caron c. Alberta*, [2015] 3 R.C.S. 511.

18. André BRAËN, « L'affaire Caron : la Cour suprême à la recherche du compromis perdu », (2016) 3 *Revue de droit linguistique* 94; l'arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, [2013] 2 R.C.S. 774, par exemple, laissait présager l'adoption d'une approche moins généreuse à l'égard des questions linguistiques.

19. De fait, ce dernier article fait présentement l'objet d'un litige important : *Jacques Verge et Égalité santé au Nouveau-Brunswick inc. c. La province du Nouveau-Brunswick*, Dossier de la cour M-C-449-2017, Cour du banc de la reine du Nouveau-Brunswick.

permet en effet de résoudre²⁰. Deuxièmement, elle explique et souligne davantage l'importance accordée à l'analyse bilinguistique dans l'interprétation de l'article 23 et donc, par extension, dans la mise en œuvre de normes ayant pour objet de garantir une forme d'égalité. Troisièmement, enfin, elle offre une piste intéressante pour l'interprétation de l'article 16 de la Charte, disposition dont le contenu juridique demeure incertain.

2. L'égalité et les accords incomplètement théorisés

Afin de bien situer notre analyse de l'arrêt *Mahe* et des débats législatifs relatifs à l'article 23, nous tenons à exposer plus en détail la notion d'un accord incomplètement théorisé et ses rapports avec les garanties d'égalité.

D'entrée de jeu, il importe de souligner certains attributs de l'égalité en tant que concept. Les paramètres de celui-ci peuvent être difficiles à déterminer, et cette difficulté est, de fait, à l'origine de la problématique que nous souhaitons aborder. Il est en effet notoire que la mise en œuvre d'une garantie d'égalité présente des difficultés importantes, à tel point que l'ancienne juge en chef du Canada, Beverly McLachlin, a jadis publié un article intitulé « Equality: The most Difficult Right²¹ ». Elle y mentionne notamment que « le langage relatif à l'égalité est tellement ouvert et général qu'il se révèle difficile de lui assigner un sens juridique précis²² ».

20. Dans le cas des deux décisions ayant eu le plus d'influence à ce chapitre, soit celle de la Cour d'appel de l'Ontario (*Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, 1984 CanLII 1832 (ON C.A.)) et celle de la Cour suprême (arrêt *Mahe*, préc., note 9), le tribunal a choisi d'écarter les débats législatifs dans son analyse de l'article 23, probablement en raison du fait qu'ils semblaient appuyer la conclusion contraire à celle qu'il souhaitait adopter. Or, nous croyons que l'approche défendue dans notre article permet de concilier les aspects « problématiques » de ces débats avec l'interprétation adoptée dans ces décisions.

21. Beverly MCLACHLIN, « Equality: The most Difficult Right », (2001) 14 *Sup Ct L Rev* 17.

22. *Id.*, p. 17 (notre traduction).

Cette difficulté tient surtout au fait que le concept d'égalité n'a pas de contenu qui lui soit propre, puisqu'il consiste en la mise en comparaison de sujets ou d'objets variés et variables²³. À la base, la notion d'égalité évoque une idée de similitude. Un droit à l'égalité, en bref, est un droit à la similitude, soit un droit de ne pas faire l'objet d'une exclusion ou d'une distinction. Vue de cette façon, la question peut paraître simple, mais encore faut-il préciser le type de distinction que l'on cherche à proscrire, et c'est là que le bât blesse. Toute action, y compris toute législation, opère forcément des distinctions. Pour le tribunal appelé à mettre en œuvre une garantie quelconque d'égalité, le défi est de savoir différencier les distinctions anodines et celles qui sont jugées inacceptables.

Pour ce faire, il faut d'abord définir ce que d'aucuns appellent le « domaine²⁴ » ou l'« espace²⁵ » d'égalité. Le « domaine » d'égalité s'entend du contexte dans lequel l'égalité est censée avoir cours. Comme l'a souligné la Cour suprême dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* au sujet de l'article 15 de la Charte, l'égalité est « un concept comparatif dont la matérialisation même ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec les autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée²⁶ ». Un tel exercice exige que l'on précise les individus ou les groupes à comparer, la sphère d'activité pertinente, ainsi que la caractéristique faisant l'objet de la comparaison.

23. Comme le souligne Griffith, « [e]quality, it should be noted, is a formal or abstract concept. Like its neighbor concept of "justice", it lacks any inherent structural detail – a feature which allows this relation to be given quite variant interpretations in different contexts »: William B. GRIFFITH, « Equality and Egalitarianism: Framing the Contemporary Debate », (1994) 7 *Can JL & Jurisprudence* 5, 7. Voir également Denise RÉAUME, « Individuals, Groups, and Rights to Public Goods », (1988) 38 (1) *The University of Toronto Law Journal* 1, 22.

24. W.B. GRIFFITH, préc., note 23, p. 8.

25. Amartya SEN, *The Idea of Justice*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p. 292.

26. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 164.

En ce qui concerne les droits linguistiques, l'affaire *DesRochers c. Canada (Industrie)*²⁷ illustre bien la nature de l'exercice et les enjeux qui en découlent. Dans cette affaire, fondée sur un recours intenté en vertu de l'article 22 de la *Loi sur les langues officielles* (LLO) et de l'article 20 de la Charte, les tribunaux ont été appelés à définir (du moins en partie) le « domaine » de l'égalité au sens de ces dispositions. Le demandeur cherchait à faire déclarer qu'un programme de développement économique communautaire mis sur pied par Industrie Canada ne prodiguait pas des services de « qualité égale » aux deux communautés linguistiques dans une région de l'Ontario. Un des principaux points litigieux portait sur la question de savoir si l'égalité au sens de la LLO et de la Charte s'évaluait en vertu d'un critère purement linguistique ou s'il fallait plutôt considérer la qualité ou l'efficacité du service en question. Si l'on retenait la première hypothèse, l'égalité aurait été atteinte dès qu'un service aurait été disponible dans les deux langues, à supposer l'existence de communications de qualité égale d'un point de vue strictement linguistique²⁸. Si par contre l'on retenait la seconde hypothèse, l'égalité n'aurait été atteinte que si le service lui-même avait été, dans sa substance, de qualité égale dans les deux langues officielles. Par surcroît, pour atteindre un tel résultat, il faudrait que l'institution fédérale visée tienne compte des particularités de chaque communauté linguistique dans la conception et la prestation du service, car il se pourrait que l'atteinte de l'égalité exige que le service soit prodigué par l'entremise d'un modèle différent d'une communauté à l'autre²⁹.

27. *Desrochers c. Canada (Industrie)*, 2005 FC 987 (Cour fédérale); *Desrochers c. Canada (Industrie)*, [2007] 3 FCR 3 (Cour d'appel fédérale); *DesRochers c. Canada (Industrie)*, préc., note 8.

28. Cette hypothèse a été retenue par la Cour fédérale et par la Cour d'appel fédérale. Cette dernière a décrit la garantie d'égalité de la façon suivante dans l'affaire *Desrochers c. Canada (Industrie)*, préc., note 27, par. 33 : « En des termes [...] schématiques, la partie IV de la L.l.o. confère un accès linguistique égal aux services de développement économique régional en Ontario, et non un accès à des services égaux de développement économique régional ».

29. La Cour suprême a tranché en faveur de la seconde hypothèse, mais elle a rejeté néanmoins la prétention voulant que le service en question n'était pas, en fait, de qualité égale. Elle a décrit ainsi la garantie d'égalité dans l'arrêt *DesRochers c. Canada (Industrie)*, préc., note 8, par. 51 :

Si ce débat s'est rendu jusqu'à la plus haute instance du pays, c'est que les libellés de l'article 20 de la Charte et de l'article 22 de la LLO ne précisent pas de façon explicite un « domaine » d'égalité, ou du moins ne mentionnent pas tous ses aspects. C'est là un problème répandu en droit constitutionnel. Comme le souligne Sunstein, les garanties constitutionnelles d'égalité sont souvent formulées en des termes généraux, et le domaine d'égalité y est alors peu ou pas précisé³⁰. Selon cet auteur, cela découlerait du fait que le constituant n'aurait pas été en mesure, pour une raison quelconque, de s'arrêter sur des modalités d'application plus précises.

Par exemple, le constituant pourrait souhaiter se prononcer en faveur de l'adoption d'un principe voulant que la discrimination raciale soit à proscrire, sans toutefois que les participants aux travaux préparatoires puissent s'accorder sur les moyens requis pour atteindre cet objectif, en raison de la complexité du phénomène ou des conséquences imprévisibles de certaines stratégies, ou des deux aspects à la fois, en l'absence d'un contexte factuel précis³¹. En outre, l'existence de divergences idéologiques importantes pourrait rendre l'atteinte d'un consensus encore plus difficile. Dans pareil cas, le constituant pourrait choisir de se limiter à l'expression d'un principe général et de s'abstenir de se prononcer directement sur la question plus précise. La question de savoir si l'égalité exige ou justifie une mesure particulière serait laissée à l'appréciation des tribunaux qui la trancheront lorsqu'ils seront appelés à statuer sur des cas particuliers³².

[Il] n'est pas tout à fait juste de dire que l'égalité linguistique en matière de prestation de services ne peut comprendre l'accès à des services *dont le contenu est distinct*. Selon la nature du service en question, il se peut que l'élaboration et la mise en œuvre de services identiques pour chacune des communautés linguistiques ne permettent pas de réaliser l'égalité réelle. Le contenu du principe de l'égalité linguistique en matière de services gouvernementaux n'est pas nécessairement uniforme. Il doit être défini en tenant compte de la nature du service en question et de son objet.

30. C.R. SUNSTEIN, préc., note 11, p. 1739.

31. *Id.*

32. Cette prétention suppose, bien sûr, qu'il s'agit d'un système juridique dans lequel les tribunaux sont appelés à contrôler la constitutionnalité des lois et de l'exécutif. Il est intéressant de noter que l'idée de voir dans une dis-

En fait, d'après Sunstein, l'adoption d'une telle stratégie serait inévitable en ce qui concerne les garanties d'égalité, car cette dernière est un « concept essentiellement contesté », tel que le définit Gallie³³. La question de savoir si l'égalité a été atteinte dans les faits sera inévitablement l'objet de controverses, puisque l'essence même de ce que constitue l'égalité ne fait pas (et ne peut faire) l'objet d'un consensus social. Les concepts essentiellement contestés – au nombre desquels on pourrait inclure la « démocratie » et « l'État de droit » – tiennent leur qualité « contestable » du fait qu'ils constituent des concepts *normatifs* dont la structure est *complexe*³⁴. À la base, on cherche, par ces concepts, non seulement à décrire mais à évaluer une prestation ou une réalisation (individuelle, sociale, sportive, artistique, peu importe) d'une certaine complexité, et ce, à l'aune d'un idéal quelconque, dont la structure se révélera elle aussi complexe. Cette double complexité aurait pour effet inéluctable d'engendrer une multiplication des conceptions du concept de base car, bien qu'il y ait consensus sur l'existence d'un idéal et de réalisations cherchant à s'y conformer, des désaccords apparaîtront forcément sur les paramètres essentiels de l'idéal, que ce soit par rapport aux constituantes de base ou encore en ce qui a trait à leur agencement ou à leur importance relative³⁵.

position constitutionnelle l'expression d'un accord incomplètement théorisé s'accorde bien avec l'approche dite « évolutive » rattachée à l'interprétation en droit constitutionnel canadien. Voir A. RIDDELL, préc., note 14, p. 830. Sunstein justifie l'utilisation d'accords incomplètement théorisés en matière d'égalité par le fait que ces derniers permettent justement une interprétation évolutive qui tient compte de changements concernant les mœurs et les faits.

33. C.R. SUNSTEIN, préc., note 11, p. 1739; W.B. GALLIE, « Essentially Contested Concepts », (1955) 56 *Proceedings of the Aristotelian Society* 167. Un auteur a employé cette notion pour analyser le concept de la primauté du droit *rule of law*) en rapport avec la controverse juridique découlant de l'élection présidentielle de 2000 aux États-Unis : Jeremy WALDRON, « Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)? », (2002) 21 (2) *Law and Philosophy* 137, p. 148.
34. J. WALDRON, préc., note 33, p. 150; voir aussi W.B. GALLIE, préc., note 33, p. 171-180.
35. J. WALDRON, préc., note 33, p. 150-151 : celui-ci donne comme exemple la démocratie, que certains définiront en mettant l'accent sur les droits civils

Évidemment, le législateur ou le constituant qui souhaite intégrer un concept essentiellement contesté, telle l'égalité, à une norme juridique exécutoire cherchera à circonscrire cette complexité dans une certaine mesure. Là où l'égalité fait l'objet d'une garantie dans un champ d'activité particulier, telle l'égalité devant la loi (article 15 de la Charte) ou l'égalité de statut, de droits et de privilèges des langues officielles (article 16 de la Charte), l'éventail d'interprétations possibles du concept d'égalité est limité jusqu'à un certain point par le fait que c'est une disposition précise ayant un libellé et un objet particuliers³⁶. Ainsi, toute personne appelée à les interpréter n'a pas à se pencher sur le concept d'« égalité » au sens abstrait ou général, comme le ferait un philosophe. Toutefois, les bornes que peut se permettre d'imposer un texte de loi qui se veut « fondamental » ne seront pas, en général, d'une très grande précision. Comme le souligne Stéphane Beaulac, faisant siens les propos de Ronald Dworkin, « un document constitutionnel (comme notre Charte) [a] pour mission d'énoncer des concepts, non pas des conceptions³⁷ ». Par conséquent, les dispositions de la Charte possèdent ce que Hart appelait une « texture ouverte », en ce sens qu'elles sont imprégnées d'une certaine imprécision³⁸. Le degré d'ouverture variera forcément d'une disposition à l'autre selon la nature de celle-ci, car une norme juridique peut être plus ou moins détaillée

et politiques, alors que d'autres souligneront l'importance d'une distribution égalitaire des richesses et d'une participation égale au processus politique.

36. Par exemple, l'égalité devant la « loi » ne garantit pas l'égalité dans la distribution des ressources privées.

37. Stéphane BEAULAC, « “Texture ouverte”, droit international et interprétation de la Charte canadienne », dans Errol MENDES et Stéphane BEAULAC (dir.), *Canadian Charter of Rights and Freedoms – Charte canadienne des droits et libertés*, 5^e éd., Markham, LexisNexis Canada, 2013, p. 209; Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, Bloomsbury Academic, 2013, p. 134.

38. Herbert Lionel Adolphus HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 124-132 : en fait, selon Hart, cette forme d'imprécision serait inhérente à tout propos normatif, mais le degré d'imprécision, ou d'« ouverture » dans la « texture » du texte, variera selon la norme en question.

et précise³⁹. Cependant, comme l'a souligné Henri Brun, « [e]n tant que normes des normes, les droits fondamentaux ne peuvent s'exprimer qu'en termes très généraux⁴⁰ ».

3. L'article 23 en tant qu'accord incomplètement théorisé

À notre avis, le concept d'un accord incomplètement théorisé permet de mieux comprendre le débat qui s'est déroulé devant les tribunaux au sujet de l'article 23, surtout en ce qui concerne le point le plus controversé à ce chapitre, soit la question de savoir si cette disposition confère aux parents le droit de gérer les écoles de la minorité par l'intermédiaire de conseils scolaires autonomes. Nous expliciterons d'abord notre raisonnement à cet égard (section 3). Puis nous ferons ressortir l'importance de l'analyse bilinguistique dans un tel contexte (section 4). Enfin, nous étudierons la possibilité d'employer une démarche analytique semblable pour éclairer la portée juridique de l'article 16 de la Charte (partie 5).

a) Mise en scène : l'affaire Mahe c. Alberta

L'hypothèse que l'article 23 exige la création de conseils scolaires autonomes a été soulevée devant les tribunaux de nombreuses provinces, et dans chaque cas il y a eu un débat acharné entre citoyens et gouvernements, débat qu'a finalement tranché la

39. S. BEAULAC, préc., note 37, p. 201 : cet auteur explique la différence entre les styles de rédaction législative du droit civil et de la common law à l'aide de cette observation. Selon lui, le fait que les lois adoptées dans la tradition civiliste ont souvent une texture plus ouverte que celles qui l'ont été dans un système de common law tient surtout à ce que, dans la tradition anglo-saxonne, le Parlement avait l'habitude de légiférer à des fins très précises, alors que dans la tradition civiliste le législateur cherche à énoncer des normes générales de droit commun (du moins en ce qui concerne un code civil). Cette différence aurait eu des répercussions sur la manière dont les tribunaux concevaient leur rôle en tant qu'interprètes du droit; voir généralement S. BEAULAC, préc., note 37, p. 198-205.

40. Henri BRUN, « La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social », dans Claire BECKTON et Wayne MACKAY (dir.), *Les tribunaux et la Charte*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 4.

Cour suprême dans l'arrêt *Mahe*. Cette décision est issue d'un recours intenté au début des années 80 par des parents francophones de la région d'Edmonton contre le gouvernement de l'Alberta : ceux-ci cherchaient à faire déclarer que la province contrevenait à ses obligations en vertu de l'article 23. Ils demandaient notamment qu'on leur octroie des « pouvoirs, droits et obligations » équivalents à ceux qui étaient attribués aux parents anglophones, ce qui, en pratique, revenait à demander la mise sur pied d'un conseil scolaire distinct pour administrer les programmes d'études et les écoles de langue française⁴¹.

À cette époque-là, l'éducation de langue française de la région d'Edmonton relevait de l'Edmonton Roman Catholic Separate School Division No. 7, entité au sein de laquelle les ayants droit n'avaient aucune représentation et sur laquelle ils n'exerçaient aucun contrôle. Selon les parents, une telle situation contrevenait à l'article 23, qui leur aurait conféré un droit de gestion et de contrôle sur les établissements et les programmes régis par cet article, droit qui inclurait tous les pouvoirs accordés aux conseils scolaires en vertu des lois albertaines. D'après le gouvernement provincial, toutefois, l'article 23 n'avait pas eu pour effet de créer un tel droit, car il conférait uniquement un droit de faire instruire ses enfants dans un programme employant la langue de la minorité (en l'occurrence, le français). Le contenu de ce programme et toute question relative à sa gestion relevaient entièrement de la province, dont la discrétion était essentiellement illimitée⁴². À l'appui de cette prétention, le gouvernement de l'Alberta a souligné l'absence d'as-

41. Plus précisément, les parents demandaient le pouvoir d'établir des districts scolaires pour l'administration des établissements scolaires, le pouvoir de lever des impôts ou d'autres formes de financement, le pouvoir d'engager et de licencier les enseignants et de mettre en œuvre le programme d'études dans les établissements d'enseignement de langue française ainsi que le pouvoir d'élire des conseillers scolaires et d'engager du personnel administratif pour la surveillance du fonctionnement de districts scolaires où se trouvent des établissements d'enseignement de langue française. Voir l'arrêt *Mahe v. Alberta* (1985), 22 DLR (4th) 24 (AB QC), par. 2.

42. J.C. MAJOR et B.N. LOCKE, « Factum of the Respondent », *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 14-29.

sisse textuelle expresse pour un tel droit dans le libellé de l'article 23⁴³. En outre, il a fait valoir que le constituant aurait, lors des débats législatifs, explicitement écarté la possibilité de reconnaître un droit de gestion et de contrôle. À cet égard, il a mis l'accent sur certains commentaires du ministre de la Justice fédéral qui semblent, à première vue, tout à fait inconciliables avec l'idée que l'article 23 confère un tel droit.

b) L'accord de principe qui sous-tend l'article 23

À nos yeux, l'interprétation des débats législatifs avancée par l'Alberta dans l'arrêt *Mahe* est inexacte⁴⁴. Les travaux du Comité

43. De toute évidence, l'article 23 ne fait aucune mention expresse d'un droit à des conseils scolaires, ni même d'un droit de gestion plus atténué : un tel droit ne pourrait donc être reconnu qu'en ayant recours à une interprétation généreuse de celui-ci. Or, l'Alberta a fait valoir que l'article 23, en tant que droit linguistique, ne pouvait être interprété de façon libérale, comme le sont les autres droits protégés par la Charte. En s'appuyant sur les enseignements de la trilogie, la province a mis l'accent sur l'idée que les tribunaux doivent faire preuve de retenue en interprétant l'article 23, car il leur faut éviter de servir d'« instruments de changement » dans le domaine des droits linguistiques, ceux-ci étant le fruit d'un « compromis politique » que les tribunaux ne sont pas libres de modifier : arrêt *Société des Acadiens*, préc., note 15; *MacDonald c. City of Montreal*, préc., note 15; *Bilodeau c. Attorney General of Manitoba*, préc., note 15. Par conséquent, un droit aussi vaste que celui qui est revendiqué par les parents dans l'arrêt *Mahe* ne pouvait être validement reconnu, car il n'était pas énoncé de façon expresse : J.C. MAJOR et B.N. LOCKE, préc., note 42, p. 15-17. Il faut noter toutefois que cette approche interprétative a été écartée par la Cour suprême dans l'arrêt *Beaulac*, préc., note 7, en se fondant notamment sur certains commentaires du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Mahe*.

44. Il y a lieu de souligner que, bien que les parties à l'instance aient cherché à mobiliser au soutien de leurs prétentions, la Cour suprême a choisi de ne pas analyser les débats législatifs, se disant d'avis qu'ils apportaient « peu de chose » à l'interprétation de l'article 23 : arrêt *Mahe*, préc., note 9, p. 369. Par conséquent, on pourrait se questionner sur l'utilité d'une analyse approfondie des travaux du Comité mixte comme celle que nous proposons de faire ici. Deux raisons principales justifient, selon nous, la pertinence d'une telle analyse. Premièrement, comme le souligne Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., Scarborough, Carswell, 2007, p. 60-5-60-10, les débats législatifs peuvent être pertinents par rapport à l'interprétation d'une disposition constitutionnelle, en dépit du peu d'importance qui leur est souvent accordée. En définitive, il faut évaluer

mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la constitution du Canada démontrent plutôt qu'en rédigeant l'article 23 le constituant cherchait à mettre en équilibre deux principes différents : le principe d'égalité en matière d'éducation et le principe d'autonomie provinciale. Pris ensemble, ces deux postulats définissent en quelque sorte les deux « pôles » d'une norme à texture ouverte, qui laisse voir une zone grise à géométrie variable située entre les deux – zone « incomplètement théorisée », puisque les modalités permettant d'atteindre l'équilibre requis entre les deux principes sous-jacents ne sont pas prescrites. Par exemple, il a été reconnu explicitement que l'atteinte de l'égalité en matière d'éducation pourrait exiger l'imposition de certaines contraintes dans les structures administratives. Toutefois, les mesures précises éventuellement nécessaires dans ce cas ne pouvaient être définies à l'avance en raison de la complexité du phénomène que l'article 23 était appelé à encadrer, et devaient donc être laissées à l'appréciation des tribunaux. Voilà pourquoi il convient, selon nous, de voir dans cette disposition l'expression d'un accord incomplètement théorisé, au sens où l'entend Sunstein.

leur pertinence au cas par cas. Deuxièmement, malgré sa déclaration contraire, la Cour suprême a elle-même mobilisé les débats législatifs pour justifier ses conclusions. Elle a cité notamment les rapports de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme (selon P.W. HOGG, préc., p. 60-1, de tels rapports font partie des débats législatifs) et elle s'est appuyée sur une modification du libellé de la version française apportée en cours de route en réponse aux travaux du Comité mixte. Vu l'importance que le tribunal a accordée à l'historique législatif de l'article 23, il serait donc souhaitable de pouvoir concilier l'interprétation retenue par la Cour suprême avec les travaux du Comité mixte, dont une certaine lecture porte à croire que celle-ci se serait écartée nettement de l'intention du constituant (voir, par exemple, Robert G. RICHARDS, « Mahe v. Alberta: Management and Control of Minority Language Education », (1990-91) 36 (1) *R.D. McGill* 216, 217).

i. L'exclusion d'un droit à des « commissions scolaires »

La question de savoir si la disposition qui deviendrait l'article 23 allait conférer des droits en matière de gestion a été soulevée à plusieurs reprises lors des débats législatifs. Un grand nombre d'intervenants communautaires – y compris l'Association canadienne-française de l'Ontario⁴⁵, le Conseil des minorités du Québec⁴⁶, l'Association culturelle franco-canadienne de la Saskatchewan⁴⁷ et la Fédération des francophones hors Québec (FFHQ), désormais appelée la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada (FCFA)⁴⁸ – ont demandé que le libellé soit modifié pour indiquer explicitement que les écoles, ainsi que tout autre programme relevant de cette disposition, devaient être gérées par et pour la minorité par l'entremise de « commissions scolaires » autonomes, car ils estimaient que cela était essentiel à la mise en œuvre effective du droit à l'éducation. Le gouvernement fédéral, par contre, a refusé de modifier le libellé de la disposition dans ce sens. De fait, comme l'a souligné l'Alberta⁴⁹, le ministre de la Justice a même indiqué à plusieurs reprises au Comité mixte que, selon le gouvernement fédéral, l'article 23 n'aurait pas pour effet d'accorder un droit à des « commissions scolaires » distinctes. Par exemple, en réponse à une question du sénateur Murray (« Le libellé [de l'article 23] comprend-il également [d]es commissions scolaires séparées ou différentes [...] ? »), le ministre a dit ceci :

Nous ne sommes pas allés jusque-là parce que l'enseignement relève toujours des provinces. La création de commissions scolaires ne devrait pas relever du gouvernement

45. COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LA CONSTITUTION DU CANADA, *Procès-verbaux et témoignage du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, 1^{re} sess., 32^e légis., fascicule n° 8, « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada », Ottawa, Gouvernement du Canada, 1980, p. 48.

46. *Id.*, p. 48.

47. *Id.*, fascicule n° 12, p. 11.

48. *Id.*, fascicule n° 13, p. 27.

49. J.C. MAJOR et B.N. LOCKE, préc., note 42, p. 25-26.

national. C'est aux gouvernements provinciaux de s'en occuper, et les citoyens ont certains droits acquis dans ce domaine, et pas le gouvernement fédéral⁵⁰.

À première vue, un tel commentaire donne évidemment l'impression d'appuyer l'hypothèse de l'Alberta. Toutefois, si l'on replace les commentaires du ministre dans leur contexte – si l'on tient compte plus précisément de l'objet de l'article 23, tel que le concevait le ministre lui-même –, la lecture qu'en fait l'Alberta ne saurait être retenue. En revanche, une lecture qui voit dans l'article 23 un accord incomplètement théorisé au sujet de la gestion scolaire cadre nettement mieux avec l'objectif recherché.

Soulignons de prime abord que l'interprétation de l'Alberta repose sur un raisonnement fallacieux. Même si les propos du ministre traduisent clairement l'intention de son gouvernement de ne pas constitutionnaliser un droit à des conseils scolaires autonomes, comme tel⁵¹, le seul fait d'avoir écarté une telle hypothèse n'indique pas forcément que le ministre estimait que les parents n'auraient aucun droit en ce qui concerne la gestion. Ses commentaires peuvent être lus autrement, et de façon moins limitative. Par exemple, ils pourraient tout simplement signifier que le gouvernement fédéral souhaitait minimiser le nombre de contraintes précises qui seraient

50. COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LA CONSTITUTION DU CANADA, préc., note 45, fascicule n° 38, p. 108; un autre exemple : à la question du député Louis Duclos qui avait demandé si l'article 23 permettrait aux ayants droit francophones d'obtenir leur propre « commission scolaire homogène », le ministre a répondu par la négative, soulignant que cela exigerait que l'on spécifie « le genre de commission scolaire » à l'article 23, ce qui entraînerait un empiètement important sur la compétence provinciale en matière d'éducation (*id.*, fascicule n° 4, p. 20-23).

51. D'ailleurs, le ministre n'était pas seul à défendre une telle lecture de l'article 23. Le Commissaire aux langues officielles a lui aussi indiqué être d'avis que la disposition à l'étude n'allait pas conférer un droit de contrôle sur la « commission scolaire » : *id.*, fascicule n° 6, p. 23.

imposées aux provinces, sans toutefois nier que l'article 23 pourrait avoir une incidence sur le plan de la gestion du système scolaire⁵².

Cette distinction s'avère des plus importantes, car le ministre a de fait reconnu explicitement que l'article 23 imposerait des contraintes en matière de gestion scolaire. Par exemple, en répondant à la question relative aux « commissions scolaires » que nous avons mentionnée ci-dessus, le ministre a également indiqué que l'article 23 aurait pour effet de limiter la discrétion des provinces en matière de gestion dans la mesure où cela pourrait s'avérer nécessaire en vue d'éliminer toute « discrimination », et qu'il reviendrait aux tribunaux, le cas échéant, de trouver la solution qui s'impose⁵³. De toute évidence, le gouvernement fédéral estimait donc que l'article 23 s'appliquait à la gestion scolaire, du moins dans la mesure où les structures administratives en place pourraient avoir une incidence sur le respect ou le non-respect du principe d'égalité en matière d'éducation⁵⁴.

ii. Les « écoles » en tant qu'« établissements »

La conclusion précédente est appuyée par un autre aspect des commentaires du ministre sur lequel s'est fondé le gouvernement albertain. Dans l'arrêt *Mahe*, une bonne partie du débat s'est focalisé sur l'interprétation qu'il convenait de donner à l'expression « établissements d'enseignement de la minorité linguistique » (*minority language educational facilities*). La province, pour sa part, a mis l'accent sur la version anglaise du texte, en particulier sur la notion

52. L'Association canadienne-française de l'Alberta est allée encore plus loin, suggérant que le ministre n'avait l'intention que d'indiquer que le gouvernement fédéral ne s'interposerait pas pour créer lui-même des conseils scolaires : Michel BASTARACHE, « Mémoire de l'intervenante l'Association canadienne-française de l'Alberta », *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 11.

53. COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LA CONSTITUTION DU CANADA, préc., note 45, fascicule n° 41, p. 108.

54. De fait, la Cour suprême, à l'instar des autres tribunaux ayant conclu à l'existence d'un droit de gestion et de contrôle, s'est fondée en partie sur la nécessité d'un tel droit pour garantir l'effectivité des garanties de base relatives à l'instruction. Voir l'arrêt *Mahe*, préc., note 9, p. 372.

de *facilities*, qui, selon elle, désignait uniquement un bâtiment scolaire dans son aspect physique, afin de soutenir que l'article 23 ne conférerait qu'un droit à des bâtiments scolaires distincts et non à des structures administratives⁵⁵. Pour justifier son point de vue, le gouvernement de l'Alberta a fait valoir que le ministre de la Justice avait indiqué au Comité mixte que le terme « établissement » s'entendait d'une « école » au sens d'installation physique⁵⁶.

Or, cette lecture des commentaires du ministre omet de tenir compte de l'ambiguïté du terme « école » dans ce contexte. Une école primaire ou secondaire est à la fois un *bâtiment* et une *institution*. En tant que bâtiment, l'école n'est, en effet, qu'un dispositif physique. Considérée comme une institution, toutefois, l'école se projette sur le plan sociologique par l'entremise d'une structure administrative, la détermination et l'atteinte d'objectifs, l'adhésion à une culture, l'adoption et la mise en œuvre de normes, etc. Par conséquent, le droit de faire instruire ses enfants dans une « école » ayant certains attributs particuliers peut désigner soit un dispositif physique, soit une structure administrative, ou les deux en même temps. Or, même si le ministre a parfois employé le terme « école » pour désigner un bâtiment donné, ses commentaires indiquent également qu'il n'a pas perdu de vue le « double aspect » du phénomène. De fait, il a explicitement reconnu que l'article 23 conférerait, là où le nombre d'élèves le justifiait, un droit à des « institutions » scolaires par opposition à une simple « bâtisse⁵⁷ ». À

55. En fait, une hypothèse semblable serait retenue par la Cour d'appel du Manitoba dans un jugement paru après l'audience devant la Cour suprême dans l'arrêt *Mahe*, mais deux mois avant que la plus haute instance rende sa décision : *Reference re Public Schools Act (Manitoba)*, [1990] 2 WWR 289 (MB CA). Cette décision a été prononcée le 6 février 1990, alors que celle de la Cour suprême a été transmise aux parties le 4 avril 1990.

56. J.C. MAJOR et B.N. LOCKE, préc., note 42, p. 19-24.

57. SPECIAL JOINT COMMITTEE OF THE SENATE AND THE HOUSE OF COMMONS, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue No. 38, Ottawa, 1981, p. 109. La position des parents dans l'arrêt *Mahe* cadre mieux avec les commentaires du ministre à cet égard. Ces derniers, appuyés notamment par l'Association canadienne-française de l'Alberta, représentée à titre d'intervenante par Michel Bastarache (deuxième futur

notre avis, qu'il ait fait cette distinction signale que, selon lui, le droit à des « établissements » aurait forcément une certaine incidence sur les structures administratives⁵⁸.

Cela dit, il faut toutefois reconnaître que les commentaires du ministre indiquent clairement que le gouvernement fédéral était d'avis que l'article 23 ne visait pas à imposer un modèle uniforme pour la mise en œuvre du droit à l'éducation. Comme le ministre l'a souligné lors d'une comparution subséquente, cette disposition avait plutôt pour but d'inscrire un « principe » ayant été l'objet d'une entente avec les provinces⁵⁹. À la différence d'une règle, la mise en

juge de la Cour suprême à participer à cette affaire), ont défendu l'hypothèse que la notion d'un « établissement d'enseignement » comporte forcément une dimension administrative, qui se traduirait en pratique par l'obligation de mettre en place des conseils scolaires autonomes relevant de la minorité : M. BASTARACHE, préc., note 52, p. 10-11; G. Brent GAWNE et Mary T. MOREAU, « Factum of the Appellants », *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 24 et 25; une telle hypothèse avait déjà été avalisée par les tribunaux, entre autres par la Cour d'appel de l'Ontario, qui s'était appuyée notamment sur des modifications apportées au libellé de l'article 23 au cours des débats législatifs : *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, [1984] 10 DLR (4th) 491 (ON C.A.); *Commission des Écoles Fransaskoises v. Saskatchewan*, [1988] 48 DLR (4th) 315 (SKQB); *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1989] 58 DLR (4th) 293 (NS C.A.); *Reference Re Minority Language Educational Rights (P.E.I.)*, [1988] 69 Nfld & PEIR 236 (PE SCAD).

58. De fait, on avait justement envisagé la possibilité que l'instruction dans certaines communautés serait prodiguée au sein de locaux partagés, là où le nombre d'élèves était insuffisant pour justifier l'emploi d'un bâtiment distinct. Or, dans de telles circonstances, une « école » de langue française partagerait le même édifice qu'une « école » de langue anglaise. Dans pareil cas, ce qui en ferait une « école » ou un « établissement » relèverait donc forcément du plan sociologique ou administratif et ne tiendrait pas aux attributs physiques des locaux où l'on donnerait l'enseignement. À cet égard, voir le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79 (3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, p. 855-856.

59. COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LA CONSTITUTION DU CANADA, préc., note 45, fascicule n° 36, p. 15 : selon le ministre, ce principe aurait fait l'objet d'une entente entre le gouvernement fédéral et les provinces en 1977 et en 1978. À la suite de ce commentaire, il y a eu un débat sur l'exactitude de la description du ministre, puisque les ententes de 1977 et de 1978 ne cadraient pas parfaitement avec le libellé de l'article 23 : voir, par exemple, la discussion à la page 83 du

œuvre d'un principe variera forcément d'un contexte à l'autre⁶⁰. De fait, cet aspect du libellé de l'article 23 a essuyé de sévères critiques de la part de certains organismes francophones lors des débats législatifs. Par exemple, la FFHQ, à l'occasion de sa comparution devant le Comité mixte, a indiqué qu'elle considérait que l'article 23 était trop abstrait, en ce qu'il exprimait « un objectif que se fixe le législateur [plutôt] que la consécration effective du droit à l'instruction française⁶¹ ». Peu importe leur degré de pertinence à l'époque, nous estimons aujourd'hui que lesdites critiques ont eu le mérite de souligner que les participants semblaient s'entendre sur l'idée que le libellé de l'article 23 avait une « texture ouverte », en ce qu'il

fascicule susmentionné. Toutefois, ce qui importe du point de vue de l'hypothèse que nous défendons ici est que le ministre a décrit le but de cette disposition comme étant d'enchâsser un « principe », en ce sens qu'elle n'a pas pour objet de préciser tous les détails requis pour sa mise en œuvre. Cette idée trouve également appui dans la réaction du gouvernement au témoignage du Commissaire aux langues officielles. Celui-ci avait soulevé une inquiétude selon laquelle le libellé original, en étant axé sur la notion d'un droit à des « installations », manquait de flexibilité, puisqu'il y avait d'autres moyens de prodiguer un enseignement primaire ou secondaire qui n'exigeaient pas l'existence d'une installation (par exemple, éducation à distance, moyens technologiques). Le Commissaire souhaitait donc que les provinces aient l'obligation d'offrir l'enseignement dans la langue de la minorité même là où le nombre d'élèves ne justifierait pas la création d'une école à part entière. Le gouvernement a accepté de modifier le libellé de l'article 23 dans une telle perspective, ce qui renforce l'hypothèse voulant que cet article énonce un principe plutôt qu'un modèle particulier de prestation des services d'éducation. Voir : CANADA, préc., note 51, p. 14; CANADA, préc., note 50, p. 108.

60. Pour une analyse plus détaillée des distinctions entre un « principe » et une « règle » en tant que normes juridiques, voir Érik LABELLE EASTAUGH, « Enforcing Part VII of the Official Languages Act: The Structure of s. 41 as a Legal Norm », (2017) 4 *Revue de droit linguistique* 1, 21-24.

61. Michael BEHIELS, *Canada's Francophone Minority Communities: Constitutional Renewal and the Winning of School Governance*, London, McGill-Queen's University Press, 2005, p. 70 : fait intéressant, Behiels raconte que la FFHQ s'appuyait notamment sur un avis juridique auquel aurait contribué Michel Bastarache, qui plaidera plus tard devant la Cour suprême dans l'arrêt *Mahe* et qui deviendra lui-même juge de cette cour en 1997, où il y rédigera plusieurs décisions importantes en matière de droits linguistiques, notamment l'arrêt *Beaulac*, préc., note 7.

n'énonçait pas de norme précise par rapport aux structures administratives requises.

iii. Un compromis dont le contenu reste à définir

Globalement, les travaux du Comité mixte démontrent que l'article 23 s'appuyait sur deux prémisses fondamentales. Premièrement, il était reconnu que les provinces disposeraient d'une marge de manœuvre appréciable dans la mise en œuvre de cette disposition. Deuxièmement, il était admis que les droits conférés par l'article 23 – surtout concernant le droit à des « établissements » – auraient forcément des répercussions sur les structures administratives, car c'était le seul moyen d'offrir une garantie effective d'égalité en matière d'éducation. Pris ensemble, ces deux postulats définissent en quelque sorte les deux « pôles » de l'entente qui sous-tend l'article 23, qui comprendrait une zone grise à géométrie variable située entre eux, c'est-à-dire la zone « incomplètement théorisée ». À cet égard, les commentaires du sous-ministre de la Justice nous paraissent fort à propos, et méritent d'être cités en détail :

Chaque province décide de la façon dont, étant donné sa géographie, la dispersion de ses ressources humaines, de sa population, [...] elle va organiser la dispensation des services scolaires ou de l'éducation. Ce que l'on dit ici et ce que la Charte va reconnaître c'est que si les minorités trouvent que la façon dont les autorités provinciales se sont déchargées de cette obligation-là n'est pas raisonnable, elles pourront en appeler aux tribunaux qui, eux, pourront voir si, de fait, c'est raisonnable la façon dont on a procédé [...].

En fait, je pense qu'on ne pouvait pas ici commencer à prévoir tous les problèmes. On prend pour acquis que les provinces, étant donné que justement les premiers ministres ont accepté ce principe que la minorité a droit à l'éducation dans sa langue, sont prêtes à faire les efforts nécessaires et ce qu'on leur donne ici est un cadre dans lequel ces efforts-là pourront être faits⁶².

62. CANADA, préc., note 53, p. 39-40 (l'italique est de nous).

L'objectif décrit par ce commentaire correspond parfaitement à l'idée d'un accord incomplètement théorisé. Comme le souligne Sunstein, un tel accord sera adopté lorsqu'on dispose de temps et de capacités limités et que l'on doit s'entendre sur une norme servant à régir une activité complexe et en constante évolution⁶³.

Dans cette optique, il serait juste, à l'instar de la Cour d'appel de l'Alberta⁶⁴, de qualifier l'article 23 de « compromis », en ce sens qu'il cherche à mettre en équilibre deux principes différents : le principe d'égalité en matière d'éducation et le principe d'autonomie provinciale. L'idée est intrigante, puisque la trilogie avait fameusement utilisé la notion d'un « compromis politique » pour justifier l'adoption d'une interprétation restrictive des droits linguistiques⁶⁵. Toutefois, le « compromis » auquel nous faisons référence milite plutôt pour l'approche contraire, à savoir l'adoption d'une interprétation libérale et téléologique, car une interprétation restrictive irait dans le sens opposé de ce qu'entendait le constituant. Le point d'équilibre entre chaque aspect de l'entente inscrite à l'article 23 ne peut être déterminé qu'en rapport avec des circonstances d'application particulières, dont seuls les tribunaux auront connaissance. Ces derniers devront s'arrêter sur l'interprétation qui permettra de respecter chaque élément, et non sur celle qui minimise l'étendue de l'un au profit de l'autre, comme le voudrait une interprétation dite « restrictive », celle-ci cherchant à minimiser les entraves au pouvoir étatique. Comme l'a d'ailleurs souligné le juge en chef Dickson en rapport avec l'article 23, « [b]ien qu'il faille se garder d'interpréter d'une manière trop large une disposition qui traduit un compromis politique, il doit tout de même

63. C.R. SUNSTEIN, préc., note 11, p. 1749.

64. *Mahe v. Alberta*, (1987) 42 DLR (4th) 514, p. 534, 535, 538 et 539.

65. Denise Réaume a proposé une telle lecture de l'hypothèse voulant que les droits linguistiques traduisent un « compromis politique », hypothèse émise par la Cour suprême dans la trilogie. Toutefois, elle estime que ce n'est pas la conception adoptée par la Cour suprême dans son raisonnement : Denise RÉAUME, « Official-Language Rights: Intrinsic Value and the Protection of Difference », dans Will KYMLICKA et W.J. NORMAN (dir.), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2000, p. 259.

être loisible à la Cour d'insuffler la vie à un compromis clairement exprimé⁶⁶ ».

4. Le rôle de l'interprétation bilingue

Comme nous l'avons signalé dans l'introduction, l'interprétation bilingue jouera un rôle important dans l'atteinte de l'objectif recherché par le constituant à cet égard. De fait, le débat concernant l'article 23 permet de mettre en exergue les avantages des dispositions multilingues lorsqu'il est question d'inscrire un tel « compromis » dans une loi, qu'elle soit fondamentale ou ordinaire. Pour le constater, il suffit d'examiner l'arrêt *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* de la Cour d'appel de l'Ontario, rendu en 1984⁶⁷, car l'analyse linguistique de l'article 23 qui y est présentée a été adoptée par la Cour suprême dans l'arrêt *Mahe*⁶⁸.

Comme le fera plus tard la Cour suprême, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que l'article 23 confère un droit de gestion et de contrôle. L'interprétation bilingue a permis d'appuyer son raisonnement à deux niveaux. Premièrement, elle a étayé l'hypothèse selon laquelle le droit à des « établissements » a des répercussions sur les structures administratives tout en réfutant l'hypothèse contraire voulant qu'il s'agisse uniquement d'un droit à un dispositif physique. Deuxièmement, elle a jeté les bases de la reconnaissance d'un droit de gestion comme tel. À cet égard, il importe de se rappeler que le seul fait que l'article 23 *s'applique* à la gestion ne signifie pas pour autant que cette disposition confère un *droit* de gestion aux parents. On pourrait facilement imaginer une norme qui imposerait des limites à la discrétion provinciale en matière de gestion sans toutefois consacrer un droit de participation directe à la prise de décision par les parents. La reconnaissance d'un tel droit représente un pas supplémentaire qui appelle une justification distincte. Or, l'analyse bilinguistique a

66. Arrêt *Mahe*, préc., note 9, p. 365.

67. *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, préc., note 20.

68. Arrêt *Mahe*, préc., note 9, p. 370-371.

constitué la pierre angulaire de l'argumentaire de la Cour d'appel à ce chapitre.

a) La dimension administrative du droit

L'analyse de la Cour d'appel démontre que l'hypothèse voulant que l'article 23 impose des contraintes en matière de gestion scolaire est beaucoup plus crédible en raison de la présence du terme « établissement » dans sa version française. Après avoir recensé les diverses définitions soumises par les parties et les intervenants des termes « établissement » et « *facility* », la Cour d'appel a constaté que certaines d'entre elles désignaient surtout un dispositif physique (« the physical means for doing something »), alors que d'autres semblaient signifier également un phénomène sociologique, parfois doté d'une structure administrative. Or, la répartition des définitions était asymétrique d'une langue à l'autre, car la majorité des définitions du terme « *facility* » avait une connotation physique, alors que celles du terme « établissement » incorporaient un aspect sociologique et administratif. Si la Cour d'appel n'avait eu que le texte anglais devant elle, il aurait été plus difficile de conclure que l'article 23 s'appliquait à la gestion⁶⁹. En revanche, une telle interprétation se trouvait doublement avantagée par la présence de la version française. Non seulement le champ sémantique du terme « établissement » était plus favorable à une telle interprétation, mais celui-ci avait en fait été choisi au cours des débats législatifs pour remplacer le terme « installation », vocable à connotation surtout physique. Cette modification a renforcé l'hypothèse selon laquelle le constituant avait l'intention d'adopter une norme ayant une dimension administrative.

69. Si la Cour d'appel a choisi d'ignorer les commentaires faits par le ministre de la Justice qui, selon certains, démontraient que l'article 23 ne devait pas s'appliquer à la gestion, toujours est-il que pareil choix serait nettement plus difficile à justifier devant un texte dont le libellé semble surtout s'intéresser à l'aspect physique d'une école.

b) Le droit de gestion

Pour sa part, la reconnaissance d'un droit de gestion a été appuyée de deux façons par l'analyse bilinguistique. Premièrement, la Cour d'appel a relevé une autre différence entre les versions française et anglaise du texte qui s'est avérée pertinente par rapport à cette question, à savoir le qualificatif attribué aux termes « établissement » et « *facilities* ». En français, l'article 23 attribue un droit à des « établissements d'enseignement de la minorité », alors qu'en anglais il s'agit de « *minority language educational facilities* ». La Cour d'appel a souligné que la version anglaise était ambiguë en ce qu'elle pouvait désigner soit la langue des établissements, soit le fait que ceux-ci sont censés appartenir à la minorité (« *the language educational facilities of the minority* »). La seconde interprétation appuierait l'idée selon laquelle l'article 23 conférerait un droit de gestion et de contrôle aux ayants droit, mais pas la première. Or, selon la Cour d'appel, la version française, qui mentionne que les établissements sont « de » la minorité, concordait davantage avec la seconde interprétation, et le tribunal a donc conclu qu'il serait préférable de privilégier celle-ci.

Par surcroît, certains éléments de l'analyse linguistique du tribunal ont interagi de manière fort porteuse avec d'autres conclusions retenues par celui-ci. Par exemple, la conclusion selon laquelle le duo « établissement-*facility* » englobe la dimension sociologique (et donc administrative) des écoles, que nous avons exposée plus haut, a emporté certaines conséquences pratiques lorsqu'elle a été conjuguée à d'autres postulats retenus par la Cour d'appel, notamment sur le sens qu'il convient de donner au terme « langue » à l'article 23.

Lorsqu'il s'agit d'interpréter une disposition législative ou constitutionnelle en vue de conférer des droits « linguistiques », il faut tenir compte de l'ambiguïté du terme « langue » dans un tel contexte. Ce dernier peut désigner plus d'un phénomène, et les différences entre les diverses acceptions du terme sont susceptibles d'avoir une incidence marquée sur la portée du droit en cause. À la base, toute langue est un code, c'est-à-dire un mécanisme permet-

tant la transmission d'informations, qui répond à ce que Pierre Bourdieu appelle « les besoins techniques de la communication⁷⁰ ». Toutefois, lorsqu'on fait référence à une langue particulière, il se peut que l'on cherche à désigner par métonymie un aspect de l'organisation sociale lorsque, par exemple, cette langue symbolise toute une communauté⁷¹. Dans pareil cas, la référence à la langue peut servir à désigner non seulement le système de communication qu'elle constitue, mais également certains aspects de la réalité sociale qu'elle représente. Par « réalité sociale », nous entendons notamment l'ensemble de pratiques et de croyances qui sont le propre de la communauté dont une langue s'avère le symbole, que l'on désigne souvent par le terme « culture⁷² ».

Il s'ensuit qu'une disposition en vue de protéger une « langue » dans le domaine de l'éducation peut, *a priori*, cibler au moins deux objectifs différents. D'une part, elle peut chercher à conférer le droit de recevoir une forme d'instruction par l'entremise de la langue spécifiée en tant que système de communication, sans plus. D'autre part, elle pourrait au contraire avoir pour objet de garantir l'accès à une forme d'instruction qui emploie la langue désignée comme système de communication, mais qui veut également refléter ou perpétuer la culture de la communauté ciblée. Dans le second cas, le droit à l'instruction comportera forcément une certaine dimension sociologique et ne sera pas limité à la seule dimension linguistique.

70. Pierre BOURDIEU, *Langage et pouvoir symbolique*, Paris, Fayard, 2001, p. 74.

71. Comme l'a souligné la Cour suprême, « [l]e langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression. Comme le dit le préambule de la Charte de la langue française elle-même, c'est aussi pour un peuple un moyen d'exprimer son identité culturelle » : *Ford c. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 748-749.

72. C'est en effet la perspective adoptée par la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, dont les travaux sont à l'origine de l'article 23 : COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR BILINGUISME ET LE BICULTURALISME, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. Livre I : Les langues officielles*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967.

La Cour d'appel de l'Ontario et la Cour suprême accorderont beaucoup d'importance à l'existence d'un lien entre « langue » et « culture » dans l'interprétation de l'article 23. L'historique législatif d'un tel lien remonte aux travaux de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme (appelée officieusement commission Laurendeau-Dunton), qui cherchait à situer les langues anglaise et française dans leur écologie sociologique, politique et intellectuelle. Pour la Commission, l'importance d'une langue découle en grande partie des rapports qu'elle entretient avec la « culture », phénomène qu'elle a défini de façon large⁷³. Par conséquent, la « culture » et certains éléments connexes (telle l'identité culturelle) occuperont une place importante dans ses réflexions sur les droits « linguistiques » en matière d'éducation⁷⁴. Par la suite, le cadre conceptuel de la Commission sera largement adopté par le constituant à l'occasion des travaux menant à l'adoption de la Charte. En particulier, les ententes fédérales-provinciales de St-Andrews (1977) et de Montréal (1978), qui seront à l'origine de l'article 23, soulignent explicitement l'importance de la « culture » pour justifier l'engagement que prennent les parties d'améliorer l'accès à l'éducation de langue anglaise et de langue française là où ces dernières sont minoritaires⁷⁵.

L'existence d'un lien entre « langue » et « culture » peut avoir une incidence directe sur la question de la gouvernance, surtout si l'on part de la prémisse que l'article 23 s'applique à la gestion scolaire. La présomption qu'il existe un tel lien a pour effet d'élargir l'éventail des intérêts protégés par l'article 23, et donc elle agrandit en même temps l'étendue des contraintes en matière de gestion. Ce faisant, elle augmente également la complexité de la mise en œuvre

73. Voir, de façon générale, les « pages bleues » du premier rapport : *id.*, p. XI-XLIII.

74. Voir, par exemple, COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR BILINGUISME ET LE BICULTURALISME, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. Livre II : L'éducation*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968, p. 19.

75. *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (ON C.A.), [1984] 4 OAC 321.

du droit d'un point de vue pratique, puisque le nombre de questions (et leur subtilité) pouvant interpeller l'identité culturelle de la minorité risque d'être très important. La Cour d'appel en déduira que les parents doivent se voir accorder un certain droit de participation à la conception et à la gestion de l'instruction. Comme l'avaient souligné les nombreux intervenants communautaires devant le Comité mixte, et ainsi que le reconnaîtra la Cour suprême dans l'arrêt *Mahe*, « les minorités linguistiques ne peuvent pas être toujours certaines que la majorité tiendra compte de toutes leurs préoccupations linguistiques et culturelles⁷⁶ », et donc il y a lieu de leur accorder une mesure d'autonomie en tant que mesure préventive.

À ce chapitre, nous tenons à revenir sur les commentaires du ministre de la Justice, mentionnés précédemment, voulant que l'objectif de l'article 23 ait été d'empêcher la « discrimination » en matière d'éducation⁷⁷. Comme l'indique Jacob Levy, il arrive parfois, voire souvent, que l'on puisse observer chez un État une tendance à se rendre coupable d'un certain type d'injustice, tendance qui ne découle pas forcément d'une volonté consciente de sa part et qui

76. Arrêt *Mahe*, préc., note 9, p. 372. La Cour d'appel de l'Ontario avait adopté la même conclusion. Ayant étudié en détail l'historique des conflits entourant l'éducation de langue française dans cette province, elle a attribué la majorité des problèmes éprouvés par la minorité francophone à son manque de participation effective à la gestion scolaire (*Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, préc., note 20) :

What history reveals [...] is that rights or privileges to determine language use in educational facilities, which the French-speaking minority had at the time of entering into the federation, were later denied. Although in our own province this denial was subsequently withdrawn and, indeed, in recent years measures have been taken to overcome past deprivation, many problems remain... Lack of meaningful participation in management and control of local school boards by the francophone minority made these events possible.

Voir également Nicholas M. ROULEAU, « Section 23 of the Charter: Minority Language Education Rights », dans Joseph Eliot MAGNET (dir.), *Official Languages of Canada: New Essays*, Markham (Ontario), LexisNexis Canada, 2008, p. 270 à 274.

77. CANADA, préc., note 50, p. 108.

peut résulter en tout ou en partie de facteurs structurels. Dans de telles circonstances, l'atteinte de la justice peut exiger que l'on incorpore à la constitution de cet État certains éléments qui font « contrepoids » (ce que Levy appelle le *counter-balancing*) à cette tendance, même si de tels éléments ne sont pas eux-mêmes requis *stricto sensu* pour respecter le principe de justice visé⁷⁸. De fait, Levy mentionne l'autonomie dans le domaine scolaire à titre d'exemple d'une mesure que l'on pourrait justifier de cette façon⁷⁹. À notre sens, le raisonnement de la Cour d'appel, et plus tard de la Cour suprême, reflète justement de telles préoccupations. Cela dit, en l'absence d'un texte législatif bilingue à l'époque, il nous paraît peu probable qu'ils aient pu s'aventurer dans une telle direction.

5. L'article 16 de la Charte

Nous espérons avoir démontré jusqu'ici le bien-fondé et l'utilité d'une lecture de l'article 23 qui voit dans celui-ci l'expression d'un accord incomplètement théorisé, notamment en ce que cela permet d'expliquer (et, de fait, de justifier) certaines conclusions de la Cour suprême, qui – pour d'aucuns – s'écartaient dangereusement du libellé adopté par le constituant⁸⁰. Notre dé-

78. Jacob T. LEVY, « Language Rights, Literacy, and the Modern State », dans Will KYMLICKA et Alan PATTEN (dir.), *Language Rights and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 244.

79. *Id.*, p. 244.

80. R.G. RICHARDS, préc., note 13, p. 226. Voir également les critiques très sévères du juge O'Sullivan, de la Cour d'appel du Manitoba, à l'endroit des cours d'appel de l'Ontario et de l'Alberta par rapport à cette question (*Reference re Public Schools Act (Manitoba)*, préc., note 55, par. 146-203). Au sujet de l'argument fondé sur le fait que l'on a remplacé le terme « installation » par « établissement », le juge O'Sullivan a dit notamment ceci (par. 175; l'italique est de nous) :

In the original text of s. 23 in draft, the French version read: "d'installations d'enseignement dans cette langue". The English read: "minority language educational facilities". Mr. Chrétien eventually proposed changes in wording in the French text but left the English text as it was and as it is still. It would be extraordinary if a fundamental change in meaning was made in the text of the Charter by Mr. Chrétien while leaving the English text unchanged. *Such a way of changing the law would border on the fraudulent.* I have no doubt that Mr. Chrétien did not intend such deceit

marche a en outre permis de jeter un éclairage sur la façon dont la jurilinguistique, par l'intermédiaire des techniques de l'interprétation bilingue, peut participer à la progression vers l'égalité de par sa contribution importante à la réalisation des accords incomplètement théorisés dans le contexte d'un système juridique bilingue.

Avant de conclure, nous souhaitons aller au-delà du seul article 23 et proposer l'hypothèse que le concept d'un accord incomplètement théorisé pourrait également être pertinent par rapport à d'autres questions qui attendent toujours une réponse de la part des tribunaux. Pour illustrer notre propos, nous nous concentrerons sur l'interprétation de l'article 16 (1) de la Charte, dont le contenu normatif reste à définir. Par souci de commodité, nous reproduisons l'article 16 dans sa totalité :

Langues officielles du Canada

16. (1) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

Official languages of Canada

16. (1) English and French are the official languages of Canada and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada.

and that the Ontario and Alberta courts are reading far too much into the change in wording of the French text.

Langues officielles du Nouveau-Brunswick

(2) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

Progression vers l'égalité

(3) La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais.

Official languages of New Brunswick

(2) English and French are the official languages of New Brunswick and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the legislature and government of New Brunswick.

Advancement of status and use

(3) Nothing in this Charter limits the authority of Parliament or a legislature to advance the equality of status or use of English and French.

La portée de cette disposition sur le plan du droit positif demeure incertaine, car elle a rarement fait l'objet d'un litige. Aujourd'hui encore, l'examen le plus poussé des effets juridiques des paragraphes 1 et 2 de l'article 16 se trouve dans les motifs dissidents de la juge Wilson dans l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*⁸¹. Or, à notre avis, la notion d'un accord incomplètement théorisé permet de jeter un nouvel éclairage sur la fonction de cette disposition dans l'économie générale des droits linguistiques conférés par la Charte.

81. Arrêt *Société des Acadiens*, préc., note 15, p. 613-623 : la juge Wilson s'est opposée à l'interprétation restrictive que la majorité de la Cour suprême avait choisi d'adopter pour l'article 19 de la Charte, en s'appuyant notamment sur l'article 16 de cette dernière.

La question de base que soulève l'article 16 (1) est la suivante : s'agit-il d'une norme autonome ayant un effet direct sur la constitutionnalité des lois, des règlements, des politiques et des décisions des instances qui lui sont soumises ou est-on plutôt devant une déclaration « purement platonique ou abstraite, de type préambulaire » dont la portée serait définie aux articles 17 à 22 de la Charte⁸²?

La question s'était déjà posée au sujet de l'article 2 de la LLO 1969, dont le constituant s'est directement inspiré en rédigeant l'article 16 de la Charte. Dans l'arrêt *Air Canada c. Joyal*, la Cour d'appel du Québec avait conclu que l'article 2 n'était pas justiciable⁸³. L'appel portait sur une décision de la Cour supérieure du Québec ayant statué que l'article 2 de la LLO 1969 invalidait la décision du ministre des Transports d'interdire l'usage d'une langue autre que l'anglais dans les communications aériennes. La Cour d'appel a cassé le jugement, étant d'avis que l'article 2 ne pouvait avoir un tel effet.

Cette conclusion était fondée en partie sur la façon dont la Cour d'appel a choisi de décrire les rapports entre la LLO et la *Loi sur l'aéronautique*⁸⁴, et en partie sur sa manière de concevoir la fonction de l'article 2 dans l'économie générale de la LLO 1969. Le premier point découlait d'une approche interprétative désormais caduque, et ne présente donc aucun intérêt à l'heure actuelle⁸⁵. Tou-

82. André TREMBLAY, « Les droits linguistiques », dans Gérald-A. BEAUDOIN et Walter S. TARNOPOLSKY (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1982, p. 559.

83. *Air Canada c. Joyal*, [1982] CanLII 3079 (QC CA).

84. *Loi sur l'aéronautique*, S.C., 1970, c. A-3.

85. La Cour d'appel a choisi de présumer que l'intention du législateur en adoptant la LLO n'était pas de déroger aux pouvoirs conférés au ministre des Transports par la *Loi sur l'aéronautique*, vu l'absence d'une disposition expresse à cet effet. Or, cette présomption est désormais renversée : arrêt *Beaulac*, préc., note 7, par. 21; voir également l'affaire *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, p. 267-268 : la LLO étant considérée comme une loi quasi constitutionnelle, et en raison de la clause supralégislative dont elle bénéficie depuis 1988, le législateur est présumé ne pas vouloir limiter les droits conférés par cette loi, à moins d'une dérogation expresse.

tefois, le second point traduit une hypothèse que l'on pourrait chercher à transposer sur le plan constitutionnel en ce qui concerne l'article 16 de la Charte. La Cour d'appel avait effectivement tiré une conclusion voulant que l'article 2 n'avait pas pour objet de créer d'obligations justiciables du fait que le législateur avait adopté, dans la même loi, des mesures plus précises pour garantir certains droits particuliers. En d'autres termes, le tribunal a jugé que, dans la mesure où le principe énoncé à l'article 2 pourrait avoir pour corollaire que l'État soit soumis à certaines obligations précises, celles-ci étaient énoncées de façon expresse par les dispositions suivantes de la loi, et donc le contenu normatif de l'article 2 s'en trouvait épuisé⁸⁶.

Dans l'arrêt *Société des Acadiens*, une question semblable s'est posée, *mutatis mutandis*, à l'égard de l'article 16 de la Charte, plus particulièrement en ce qui concerne son paragraphe 2. La juge Wilson, dissidente, y voyait l'expression d'une norme autonome susceptible d'avoir un effet direct, et ce, indépendamment des droits plus précis énoncés aux articles 17 à 22 de la Charte. La majorité, par contre, s'exprimant sous la plume du juge Beetz, a adopté l'approche inverse. Loin de reconnaître à l'article 16 le statut de norme juridique autonome dont le contenu viendrait s'ajouter aux obligations plus précises énoncées par la Charte, le juge Beetz y a plutôt décelé l'expression d'un principe général dont l'existence militait en faveur d'une interprétation *restrictive* des droits énoncés aux articles 17 à 22⁸⁷. À son avis, le fait que le paragraphe 3 de l'article 16 autorise l'adoption de lois pour faire « progresser » le principe d'égalité énoncé au paragraphe premier aurait pour corollaire que les tribunaux doivent faire preuve de retenue en interprétant les droits énoncés aux articles 17 à 22 de la Charte car, s'ils adoptent une interprétation trop libérale, le législateur pourrait hésiter avant

86. À ce chapitre, la Cour d'appel s'était appuyée sur une décision de la section d'appel de la Cour fédérale portant sur un sujet connexe : *Assn des gens de l'air du Québec inc. c. Canada (Minister of Transport)*, [1978] 2 FC 371.

87. Arrêt *Société des Acadiens*, préc., note 15, par. 66-71.

de conférer des droits additionnels, et la jurisprudence aurait donc contribué à retarder la progression vers l'égalité⁸⁸.

Le juge Beetz, on le sait bien, a prétendu que les droits linguistiques sont le résultat d'un « compromis politique », et qu'il faudrait par conséquent les interpréter de façon restrictive. Cette idée a fait couler beaucoup d'encre⁸⁹, et les critiques ont, en dernier lieu, eu raison de cette « doctrine⁹⁰ », du moins en partie⁹¹. Bien qu'un examen approfondi du débat théorique et doctrinal suscité par la trilogie puisse s'avérer intéressant, il déborde malheureusement le cadre de notre propos. Nous souhaitons plutôt faire ici deux observations plus limitées.

-
88. À cet égard, nous adoptons le point de vue de Grégoire Webber, selon qui les motifs du juge Beetz pèchent par manque de cohérence : Grégoire WEBBER, « The Promise of Canada's Official-languages Declaration » (2008) 39 (2d) *Supreme Court Law Review* 131, 139. Dans l'arrêt *MacDonald c. City of Montreal*, rendu en même temps que l'arrêt *Société des Acadiens*, préc., note 15, le juge Beetz, s'exprimant toujours pour la majorité, avait choisi d'interpréter l'article 133 de façon restrictive au motif qu'il n'avait pas pour objet d'énoncer un « système de bilinguisme global » : *MacDonald c. City of Montreal*, préc., note 15, par. 103. Or, les articles 16 à 22 de la Charte visent manifestement à instaurer un tel système, surtout si l'on tient compte du principe global énoncé à l'article 16. En suivant la logique de l'arrêt *MacDonald c. City of Montreal*, le juge Beetz aurait dû conclure qu'il y avait lieu d'adopter une interprétation libérale des droits linguistiques conférés par la Charte, et non une interprétation restrictive.
89. Voir par exemple : L. GREEN, préc., note 14; A. RIDDELL, préc., note 14; L. GREEN et D. RÉAUME, préc., note 14; Denise RÉAUME, « Demise of the Political Compromise Doctrine: Have Official Language Use Rights Been Revived? », (2001) 47 *McGill LJ* 593.
90. Arrêt *Beaulac*, préc., note 7.
91. La doctrine du compromis politique réapparaît parfois lorsque les tribunaux cherchent à justifier une interprétation plus restrictive en matière de droits linguistiques. Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel du Québec : *Baie d'Urfé (Ville) c. Québec (Procureur général)*, 2001 CarswellQue 2349, par. 127-145. Par ailleurs, certains auteurs voient dans le récent arrêt *Caron c. Alberta*, [2015] 3 R.C.S. 511, entre autres, la manifestation d'une nouvelle tendance vers une interprétation restrictive des droits linguistiques.

Premièrement, même si l'arrêt *Beaulac*, par lequel la Cour suprême a renversé l'approche dite « restrictive » quant à l'interprétation des droits linguistiques, a réfuté l'argument voulant que le principe de la progression vers l'égalité épuiserait le contenu de l'article 16, comme le prétendait le juge Beetz, cet arrêt n'a pas proposé d'explication au sujet du contenu normatif « autonome » que pourrait avoir l'article 16 (1), question qui attend toujours une réponse claire⁹². Deuxièmement, à la lumière de l'hypothèse défendue dans notre article, nous estimons que l'observation de base du juge Beetz n'était pas tout à fait fausse, mais que ce dernier en a déduit les mauvaises conclusions. À notre sens, l'article 16 de la Charte représente en effet un « compromis » en ce qu'il traduit, à l'instar de l'article 23, un accord incomplètement théorisé. Une lecture de l'article 16 à ce titre ressemblerait à ceci :

1. Au moment de l'adoption de la Charte, on s'entendait pour dire qu'il y avait lieu de consacrer un principe d'égalité par rapport aux gouvernements fédéral et néo-brunswickois;
2. Par contre, on ne pouvait imaginer toutes les conséquences pratiques d'un tel principe, encore moins recueillir un consensus sur la manière dont il conviendrait d'y répondre dans toutes les situations possibles;
3. Plutôt que de se limiter à une reconnaissance explicite des droits précis dont la nécessité était facilement prévisible, et au sujet desquels un consensus serait donc atteignable, on a choisi d'énoncer un principe général *ainsi que* certains droits précis;
4. Le rapport entre l'article 16 et les articles 17 à 22 serait donc analogue à celui entre la première et la deuxième clause de l'article 15 (1) de la Charte, les articles 17 à 22 ayant ainsi pour fonction d'illustrer le principe de base et non d'en limiter la portée⁹³;
5. Par conséquent, la définition de ce que constitue l'atteinte de l'égalité linguistique au sens de l'article 16 demeure une

92. Voir notamment l'arrêt *Beaulac*, préc., note 7, par. 22.

93. À ce chapitre, voir G. WEBBER, préc., note 88, p. 145-146.

œuvre inachevée, laquelle est appelée à être développée par l'entremise de la jurisprudence et de la législation.

Le législateur est bien sûr amené à jouer un rôle de premier plan dans la mise en œuvre d'un principe comme celui qui est inscrit à l'article 16, et la refonte de la *Loi sur les langues officielles* de 1988 le démontre amplement. Adoptée pour rendre le droit fédéral conforme à la Charte⁹⁴, cette loi a pour objet un meilleur respect de l'égalité linguistique au sein des institutions fédérales, et elle confère tout un ensemble de droits que la Charte ne prévoit pas explicitement. Une loi comme celle-ci est d'ailleurs tout à fait indispensable, car certaines mesures doivent forcément émaner du législateur, par exemple la création du Commissariat aux langues officielles. Cela dit, il faut se garder de répéter l'erreur commise par les tribunaux à l'endroit de l'article 2 de la LLO 1969 et de ne voir dans l'article 16 qu'une disposition à caractère déclaratoire.

Le Parlement, en tant qu'institution, dispose bien sûr de nombreux avantages par rapport aux tribunaux, avantages qui lui permettent d'aller plus loin et plus rapidement dans la reconnaissance de nouveaux droits ou dans l'évolution de droits existants. Néanmoins, en tant qu'institution démocratique soumise à la règle de la majorité simple, le Parlement comporte également certaines faiblesses relativement à la protection des minorités. Voilà justement pourquoi le constituant a choisi d'inscrire certains principes à cet égard dans un document supralégislatif permettant de soumettre l'action législative au contrôle judiciaire. Bien que l'existence d'une loi comme la LLO facilite la reconnaissance et la mise en œuvre des droits découlant de l'article 16, elle ne les épuise pas, et d'autres droits pourraient être reconnus par les tribunaux⁹⁵.

94. CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 33^e légis., Rapport officiel, vol. 10, Ottawa, 1987, p. 12705.

95. Bien qu'il n'emploie pas le cadre théorique des accords incomplètement théorisés, G. WEBBER, préc., note 88, p. 155-159, par exemple, est d'avis que l'article 16 produit des effets autonomes sur le plan juridique, notamment à l'égard de diverses institutions qui font partie du « Canada » sans être des « institutions du Parlement et du gouvernement du Canada », telle la ville d'Ottawa (à titre de siège du gouvernement fédéral) et la Cour suprême; Pierre FOUCHER, « Les articles 16 à 22 de la Charte »,

Concernant cet aspect, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des soins de santé)* offre un exemple fort intéressant⁹⁶. Dans le contexte d'un contrôle judiciaire, M^{me} Gisèle Lalonde s'était appuyée sur le principe constitutionnel non écrit du respect et de la protection des minorités, tel que l'a reconnu la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁹⁷, pour demander l'annulation d'une décision administrative ayant une incidence négative sur les intérêts de la communauté franco-ontarienne. En réponse, la province avait fait valoir que la Charte et la *Loi sur les services en français* de l'Ontario constituaient un « code complet » de droits linguistiques et qu'elles énonçaient donc de façon exhaustive le contenu normatif du principe de protection des minorités à ce sujet. Or, la Cour d'appel a rejeté cet argument. À son avis, le principe du respect et de la protection des minorités est une norme autonome ayant un effet direct sur la légalité des décisions administratives, car c'est « une caractéristique structurelle fondamentale de la Constitution canadienne, qui explique et transcende à la fois les droits des minorités expressément garantis dans le texte de la Constitution⁹⁸ ». Son raisonnement à ce chapitre rappelle l'approche retenue par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Griswold v. Connecticut* (381 US 479), où cette dernière a reconnu un droit constitutionnel à la vie privée qui, même s'il n'était pas énoncé explicitement, est un principe qui sous-tend plusieurs dispositions dans le *Bill of Rights* et possède donc une force normative autonome. En effet, comme l'avait d'ailleurs souligné la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, les principes non écrits « ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois

dans Errol MENDES et Stéphane BEAULAC (dir.), *Canadian Charter of Rights and Freedoms – Charte canadienne des droits et libertés*, 5^e éd., Markham, LexisNexis Canada, 2013, p. 1041, mentionne également le droit des fonctionnaires de travailler dans leur langue.

96. *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, 2001 CanLII 21164 (ON C.A.).

97. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

98. *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, préc., note 96., par. 114 et 115 à 126.

les tribunaux et les gouvernements⁹⁹ ». Par conséquent, la Cour d'appel s'est penchée sur la question de savoir comment définir les contraintes découlant du principe du respect et de la protection des minorités dans les circonstances du cas d'espèce.

Si l'article 16 représente un accord incomplètement théorisé, comme nous le prétendons, les tribunaux se doivent de participer à sa définition, et non de rester à l'écart en attendant que le législateur se manifeste. L'historique de l'article 23 le montre bien. S'agissant d'un droit « positif », il ne peut être mis en œuvre que par l'entremise d'un cadre législatif adopté par les provinces. Néanmoins, l'intervention des tribunaux a été nécessaire à plusieurs reprises pour baliser le législateur provincial, notamment en précisant les détails de la mise en œuvre du principe sous-jacent. Selon nous, il en va de même pour l'article 16 de la Charte.

6. Conclusion : la richesse sémantique et l'avantage des lois bilingues

Comme nous l'avons souligné plus haut, un accord incomplètement théorisé sera forcément traduit par un libellé à « texture ouverte », c'est-à-dire qui énonce relativement peu de détails et qui se prête à des interprétations divergentes. Pareil style de rédaction a pour effet d'offrir au tribunal un champ sémantique suffisamment large en vue de lui permettre de déterminer et de retenir les modalités de mise en œuvre indiquées par les circonstances particulières dont il est saisi. En revanche, plus une disposition revêt un caractère technique, moins elle sera sujette à interprétation, et plus le tribunal sera limité dans ses choix¹⁰⁰. Cela étant dit, il importe de distinguer entre le « détail » et la « richesse sémantique » d'une disposition. Une donnée sémantique additionnelle peut en limiter la portée (le détail), mais elle peut également être génératrice de complexité (la richesse sémantique). Ainsi, même si l'objectif est de produire un texte à texture ouverte, il peut être préférable, dans certains cas, de créer un champ sémantique qui contienne davantage

99. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 97, p. 249.

100. S. BEAULAC, préc., note 37, p. 201.

d'information afin de le rendre plus « riche ». Or, comme le démontre le cas de l'article 23, les dispositions législatives rédigées dans plus d'une langue possèdent certains avantages à cet égard. L'existence de deux versions du même texte a permis d'enrichir le champ sémantique et d'augmenter la marge d'appréciation interprétative des tribunaux, tout en évitant de compliquer la structure de la disposition elle-même par l'ajout de phrases ou de termes additionnels. Tant les tribunaux que les législatures devraient garder à l'esprit cette particularité, surtout lorsqu'ils traitent de droits fondamentaux.

NAVIGATION JURILINGUISTIQUE

par Sandy LAMALLE*

Le commentaire qui suit porte sur l'ouvrage du professeur Jean-Claude Gémar et de la terminologue et traductrice Vo Ho-Thuy consacré aux nouvelles difficultés du langage juridique au Canada (2016). Il est présenté à la lumière des débats et réflexions du 11   Institut de jurilinguistique de l'Université McGill. Dans un contexte transsystémique et multilingue, la question de l'identité juridique culturelle et de son évolution implique non seulement la prise en considération de la diversité linguistique, juridique et culturelle, mais aussi celle de l'accessibilité de la langue et du droit, dans une perspective d'égalité. En identifiant les défis soulevés par une telle odyssée, il s'agit de mettre en relief les instruments et les approches qui caractérisent la navigation jurilinguistique.

This review of the 2016 updated reference work by Professor Jean-Claude G  mar and Vo Ho-Thuy, on the difficulties of legal language in Canada, draws on discussions and reflections from the 11th Institute of Jurilinguistics at McGill University. In a trans-systemic and multilingual context, the issue of cultural legal identity and its evolution implies taking into account not only linguistic, legal and cultural diversity, but also the accessibility of law and language, on the basis of equality. This review identifies the challenges of such an epic undertaking, and puts an emphasis on the tools and approaches that are inherent to such jurilinguistic navigation.

*

Chercheuse associée, LSRC, Université Concordia. L'auteure a pr  par   la rédaction de cet article lors d'une visite de recherche au Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, à l'Université McGill,    Montréal. Elle remercie le Professeur Mathieu Devinat, pour les discussions au sujet de l'ouvrage recensé, ainsi que les évaluateurs de son article pour leurs commentaires.

SOMMAIRE

Introduction	347
I. Le manuel de navigation.....	349
II. Les modes et les instruments de navigation jurilinguistique	351
A. La navigation côtière	352
B. La navigation à l'estime	354
C. La navigation hauturière	356
III. Carnet de voyage en mer	359
Conclusion	362

Introduction

Si, d'aventure, l'on aborde le langage juridique comme un processus culturel et social, l'étude de l'utilisation des termes et des concepts du droit révèle une histoire particulièrement haute en couleur. Dans le cas du Canada, à la jonction de différents systèmes de droit, c'est une véritable épopée. Juristes, linguistes et traducteurs oeuvrent à la formulation d'un récit épique — celui du voyage dans le vortex transsystémique et multilingue canadien¹.

Le vortex désigne en principe un phénomène physique et météorologique, soit un tourbillon dans lequel un certain volume d'air ou de fluide est supposé stable, avec un sens et une direction constants. Ce volume en mouvement se structure par rapport à un référentiel au lieu d'être seulement en translation, telle la structure juridique hybride et spécifique résultant de l'interaction entre les langues et les systèmes de droit au Canada². Cette création vectorielle, avec un sens et une direction propres, implique en permanence une « négociation interlinguistique et culturelle³ », et fait du cas du Canada « un phénomène quasi unique en son genre⁴ ». De ce processus créatif naissent représentations et concepts juridiques propres à la trame narrative formant l'identité juridique culturelle du Canada. Le défi majeur dans la pratique juridique reste de savoir comment naviguer dans un tel vortex — pour éviter de s'échouer sur les récifs des langues et des cultures en interaction ou encore

-
1. Voir notamment Yaëll EMERICH et Marie-Andrée PLANTE (Dir.), *Repenser les paradigmes : approches transsystémiques du droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2018.
 2. Jean-Claude GÉMAR, « Traduire le droit ou le double langage de Thémis », (2007) 49-3 *Hermès : cognition, communication, politique* 149.
 3. Sherry SIMON, *Le trafic des langues : traduction et culture dans la littérature québécoise*, Montréal, Boréal, 1994, p. 33.
 4. Jean-Claude GÉMAR, « Le discours du législateur et le langage du droit : Rédaction, style et texte juridique », (1994) 25 *R.G.D.* 327, 331, cité par le juge Nicolas Kasirer dans sa préface au Manuel de navigation, p. XIII.

sur les rivages étrangers des systèmes de droit visés, que ce soit en France, en Angleterre ou aux États-Unis⁵.

De manière à relever le défi quotidien du français juridique des étudiants-mousses comme des juristes-marins avertis au Canada, le professeur Jean-Claude Gémard a élaboré, sur la base de ses travaux avec Madame Vo Ho-Thuy, un précieux manuel de navigation jurilinguistique, intitulé *Nouvelles difficultés du langage du droit au Canada — Dits et maux de Thémis* (ci-après « Manuel de navigation⁶ »). Considérant que « la technique juridique aboutit, pour la plupart du temps, à une question de terminologie⁷ », le professeur Gémard, en capitaine-éclaireur, met à jour le parcours et les identités des mots du droit, dont la source est dans la langue courante. Les éditions précédentes du petit guide antérieur, intitulé *Difficultés du langage du droit au Canada*⁸, ont été complètement repensées, revues et augmentées. Le Manuel de navigation réunit maintenant 240 termes et expressions problématiques, provenant de l'expérience de la pratique juridique, comprenant l'enseignement, la traduction et la terminologie. Vaste exercice de stylistique comparée, le Manuel de navigation fait œuvre normative en recommandant certains usages, en dénonçant les barbarismes, les anglicismes, les pléonasmes et les solécismes, et en suggérant des solutions au cas par cas, afin de garder le cap propre au droit canadien et au droit québécois.

-
5. L'acception de termes et de concepts juridiques au Canada peut en effet se distinguer de leur entendement dans le droit français, dans le droit britannique et dans le droit américain.
 6. Jean-Claude GÉMAR ET Vo HO-THUY, *Nouvelles difficultés du langage juridique au Canada - Dits et Maux de Thémis*, Montréal, Éditions Thémis, 2016.
 7. François GÉNY, *Science et technique en droit positif privé*, t. III, vol. 255, Paris, Sirey, 1921, p. 456.
 8. Jean-Claude GÉMAR et Vo HO-THUY, *Difficultés du langage du droit au Canada*, 1^{ère} éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990 et 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1997.

I. Le Manuel de navigation

En retraçant la route prise par les mots du droit et de la langue commune, le Manuel de navigation permet de repérer les écueils et les pièges de la mer, et de déterminer les référentiels magnétique et astronomique de la navigation dans le vortex canadien. La spécificité des usages des termes juridiques selon les contextes est mise en relief. En effet, on y met en lumière la structure conceptuelle et logique du discours juridique grâce à l'étude de l'histoire et de l'évolution des termes et des concepts dans les langues (français, anglais et latin) ainsi que dans les systèmes de droit civil et de common law. Législation, décrets, règlements, décisions de justice, doctrine juridique et doctrine jurilinguistique – tous les contextes sont explorés. L'idée est de tenir compte des variables de la langue courante, de la nomenclature juridique, du vocabulaire de soutien, du niveau d'abstraction et de spécialité du langage. La « démarche doit s'inspirer de considérations à la fois diachroniques et synchroniques » et « doit être à la fois comparative et contrastive, son but étant de conduire à des solutions normatives acceptables⁹ ».

Ces cartes, ces repères et ces outils de navigation sont devenus indispensables au regard de l'évolution majeure du droit au Canada — citons seulement les travaux de normalisation de la terminologie française du vocabulaire de la common law entrepris en 1981¹⁰, ainsi que l'incidence jurilinguistique de l'harmonisation des lois fédérales avec le droit civil du Québec, notamment avec la réforme du *Code civil du Québec* de 1991 (ci-après « C.c.Q. »). Ces con-

9. Jean-Claude GÉMAR, « Langue juridique, langue de spécialité au Québec : éléments de méthodologie », (1980) 53-6 *The French Review* 880, 890. La linguistique contrastive permet d'opposer des systèmes linguistiques différents en vue de repérer les interférences et d'établir une analyse terme à terme rigoureuse et systématique de ces langues et surtout de leurs différences structurelles.

10. Venant s'ajouter aux travaux d'élaboration d'un vocabulaire français de la common law qui constituent déjà un défi en soi, la normalisation porte sur l'usage de ce vocabulaire partout au Canada. C'est donc une vaste entreprise de longue haleine.

signes de navigation permettent, en outre, de contourner les courants marins tumultueux et de ne pas perdre sa route. Un exemple d'amarinage est celui de l'emploi du terme « verdict » (p. 635) qui, en raison de son caractère bilingue et de sa polysémie, ne devrait pas servir à désigner une décision rendue par un juge. Le *Dictionnaire du droit québécois et canadien* (Reid) énonce que le verdict est une décision rendue par un jury. Pour éviter les confusions, il faut distinguer entre le discours spécialisé du droit et le discours général, celui des médias notamment. Dans cette optique, la cohérence de la langue juridique s'avère un facteur important, en particulier dans la communication et dans l'administration de la justice.

C'est pourquoi il faut ajouter à ces éléments la connaissance des mécanismes de fonctionnement de la langue de spécialité, c'est-à-dire les règles présidant aux relations entre les mots : les structures profondes et superficielles du langage, les structures conceptuelles et logiques du discours, les aspects socio-linguistiques du discours et l'effet « thémis » de distanciation par rapport au langage courant. D'après cette perspective, il convient d'établir, dans un premier temps, le contexte culturel et pratique de la langue du droit propre au Canada et au Québec, au regard de l'histoire du système et du langage juridiques à la fois en français et en anglais. Dans une perspective transsystémique, il importe aussi de connaître le fonctionnement et l'évolution de ces systèmes selon une approche de jurilinguistique comparée¹¹. Dans un deuxième temps, il est question non seulement de s'intéresser à un terme et à son contexte, mais également de prendre en considération son rôle dans l'élaboration du récit juridique et son évolution, en examinant les représentations qui le fondent, la structure conceptuelle et logique¹². Dans un troisième temps, grâce à ces connaissances, il est

11. Dans l'art de la jurilinguistique comparée, voir Heikki E.S. MATTILA, *Jurilinguistique comparée : langages du droit, latin et langues modernes*, trad. Jean-Claude GÉMAR, Cowansville, Yvon Blais, 2012.

12. Bernard S. JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Cambridge, Merseyside: Deborah Charles Publications, 1988. Voir aussi Christopher NASH (dir.), *Narrative in Culture: The Uses of Storytelling in the Sciences, Philosophy and Literature*, London, Routledge, Warwick Studies in Philosophy and Literature, 1994.

alors possible d'étudier les cas de hiatus au sein des représentations dans l'évolution de la forme du langage, à travers « la création de nouvelles structures dysfonctionnelles¹³ », ainsi que les incohérences du récit et les nouvelles formes de conscience juridique. C'est seulement avec un tel accastillage et cette expérience de la mer que le marin peut affronter tempêtes et ouragans du vortex transsystémique et multilingue. Mieux encore, il peut déceler les Charybde et Scylla conceptuels, les Circé des imports théoriques, les sirènes des calques et des emprunts linguistiques, afin d'éviter la dérive et de maintenir le cap!

II. Les modes et les instruments de navigation jurilinguistique

Dans la détermination du bon usage des termes du droit, il existe diverses ressources : les listes d'équivalents en français à partir d'échantillons de termes en anglais, les dictionnaires bilingues, les dictionnaires en matière de droit québécois et canadien, les manuels des difficultés dans la langue courante¹⁴. Puisant dans ces ressources, le Manuel de navigation offre une étude systématique des mots et des expressions problématiques qui comprend une position du problème, avec la mise en contexte des termes dans plusieurs citations, la présentation étymologique et historique d'un terme, son analyse notionnelle et linguistique de même que des recommandations quant à son emploi. Une fois à la barre, et le gouvernail bien en main, tout marin se doit de savoir distinguer précisément différents modes de navigation jurilinguistique.

13. Algirdas Julien GREIMAS, « L'actualité du saussurisme », (1956) 24 *Le Français moderne* 191.

14. Voir notamment : Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2015; Hubert REID, *Juridictionnaire – Recueil des difficultés et des ressources du français juridique*, Moncton, École de droit de l'Université de Moncton, 2018; Louis BEAUDOIN, *Les mots du droit*, 3^e éd., *Lexique analogique juridique, Legal Thesaurus*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008; Gérard DAGENAIS, *Difficultés de la langue française au Canada*, 2^e éd., Boucherville, Les Éditions Françaises, 2008; Daphne A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law*, 4^e éd., Toronto, Thomson et Carswell, 2011.

A. La navigation côtière

La navigation côtière a pour principal souci d'éviter les dangers représentés par la côte, les récifs et les faibles fonds, et d'établir des distances de sécurité. La délimitation des côtes, comprises comme référents des langues et des systèmes de droit, est concernée par la proximité entre le vocabulaire anglais, en raison de ses emprunts importants au latin et au français au Moyen Âge (65 % du fond lexical de l'anglais vient du français, et donc aussi du latin) – une difficulté de la langue « rapaillée¹⁵ ». Désormais, la cohabitation serait inversée avec l'anglais en fond dominant et le français en fond servant, avec les dangers des calques et des barbarismes, « mais souvent des archaïsmes, plutôt que des anglicismes¹⁶ ». Les instruments de navigation côtière permettent ainsi le cabotage en évitant les écueils. L'expression « aviseur légal » est, semble-t-il, le pire exemple d'échouage : c'est un barbarisme¹⁷. En effet, d'après le Manuel de navigation, ce calque de l'anglais *legal adviser*, avec double faute flagrante de sens linguistique et juridique, est malheureusement très répandu, comme en atteste son emploi dans différents textes juridiques¹⁸. Cette expression, tout comme celle du calque sémantique « conseiller légal », est unanimement condamnée. La Société québécoise d'information juridique (SOQUIJ) et le *Juridictionnaire* recommandent la tournure « conseiller juridique » de manière générale, ou encore « avocat » ou « notaire » de manière plus spécifique.

Un autre exemple de mauvaise manœuvre, présenté dans le Manuel de navigation, est celui de l'emploi de l'expression « représentant légal », généralement qualifiée d'anglicisme¹⁹. C'est alors le calque de l'anglais *legal representative*, qui est en usage dans le *Code civil du Bas Canada* (ci-après « C.c.B.C. ») (art. 1028 et 1030) et qui est la quasi-reproduction textuelle de l'article 1122 du Code

15. Manuel de navigation, p. XVII.

16. Manuel de navigation, p. XXI.

17. Manuel de navigation, p. 72 et suiv.

18. Voir notamment, *LVM Inc. et Commission de la santé et de la sécurité au travail*, 2015 QCCLP 1677 (CanLII), p.17.

19. Manuel de navigation, p. 488 et suiv.

Napoléon, employant l'expression juridique française « ayant cause ». Aujourd'hui, le *Code civil du Québec* a recours à l'expression « ayant cause » (art. 1448), mais l'anglicisme « représentant légal » apparaît encore à l'article 2288, dans lequel l'usage prêterait à confusion d'après le *Dictionnaire de droit privé*²⁰. À noter que l'expression « représentant légal » existe en droit français depuis 1694, dans le contexte des successions. L'*Encyclopédie* (1751) évoque « celui qui représente une personne du chef de laquelle il est héritier ». Dès 1680, le représentant légal « a désigné une personne, qu'une personne morale, une société, choisit pour agir en son nom²¹ ». Il importe alors de faire la distinction entre le représentant « dont le pouvoir résulte d'une disposition de la loi (tuteur, curateur) » (*Dictionnaire de droit privé au Québec* – DDP 1991) et le représentant qui est un « ayant cause à titre universel » (DDP 1991, 2003). C'est pourquoi la synonymie entre ces deux termes est déroutante. Aussi, dans le contexte des successions, vaut-il mieux s'en tenir à l'expression « ayant cause » ou « ayant cause universel » plutôt qu'à la tournure « représentant légal²² ».

Une autre difficulté se présente avec l'homonymie anglaise, comme dans le cas du terme « adjudication ». Utilisé en français au sens de « décision de justice », cet anglicisme doit être remplacé par « jugement » ou « décision ». Dans son usage juridique spécifique en français, le terme « adjudication » s'emploie dans le domaine de la vente aux enchères (« adjuger ») pour désigner l'acte par lequel un bien est attribué à celui qui a fait l'enchère la plus élevée (art. 1757-1762 C.c.Q.; DDP). L'emploi du terme « adjuger » au sens de condamner est un archaïsme²³. Ce sont là quelques manœuvres permettant de louvoyer pour éviter les récifs.

20. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, « Représentant légal », p. 286.

21. Manuel de navigation, p. 491.

22. Manuel de navigation, p. 492.

23. Manuel de navigation, p. 40.

Un commentaire peut être formulé au regard de ces indications du Manuel de navigation relatives à la navigation côtière. Considérant l'élaboration du vocabulaire juridique de la common law en français et de sa normalisation, il peut aussi venir s'ajouter à la distinction dans l'usage des termes juridiques en français en droit civil et dans la common law, notamment selon les provinces.

B. La navigation à l'estime

La navigation à l'estime est la méthode qui consiste à déduire sa position de sa route et de la distance parcourue depuis la dernière position connue. Pour les marins ayant déjà une certaine formation et pratique, elle permet de s'éloigner des côtes et repose sur les instruments mesurant le cap du navire, sa vitesse et le temps, en évaluant l'impact des courants et des vents sur sa marche. Le cap est principalement maintenu grâce au compas et à la boussole, déterminant le nord magnétique. L'utilisation de ces instruments repose sur la connaissance de la spécificité du droit canadien et québécois, et de son évolution. Les fortunes de mer et autres périls de l'évolution du discours juridique peuvent alors être contournés ou affrontés. C'est le cas, par exemple, de l'expression « ordre-en-conseil », forgée d'après l'anglais *order-in-council*, lorsque jadis, le roi siégeant en conseil privé prenait une décision après avoir consulté ses conseillers²⁴. Si c'est aujourd'hui un archaïsme en français, le terme recommandé pour désigner une décision administrative du Conseil des ministres a évolué dans le temps de l'« arrêté en conseil » au « décret ». L'expression apparaît dans la jurisprudence, par exemple, dans l'affaire *Pelletier c. Canada (Procureur général)*²⁵, mais c'est depuis 1980 que le terme « décret » a été officiellement retenu (voir notamment le site de l'Assemblée nationale du Québec). Il reste difficile de distinguer entre un arrêté et un décret dans l'usage canadien avant 1980, car les décrets du gouvernement du Québec étaient appelés auparavant « arrêtés en conseil ». Toutefois, le décret est à distinguer au Québec de l'arrêté ministériel qui est un « acte par lequel un ministre règle une

24. Manuel de navigation, p. 406 et suiv.

25. L'affaire *Pelletier c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 342, p. 75.

question dans l'exercice d'un pouvoir que lui confère une loi²⁶ ». Selon l'article 47 du *Code civil du Bas Canada*, le décret est un acte qui « constitue une délibération du Conseil des ministres ». Il peut aussi arriver que le Cabinet se prononce par décret, avec portée administrative.

Un autre exemple présenté dans le Manuel de navigation, qui relate des risques de dérive, est celui du terme *trust* car, « contrairement à la langue, [...] qui ne connaît pas les frontières, l'aire juridique est circonscrite au droit local²⁷ ». S'il existe une convention internationale au sujet des dispositions communes sur la loi applicable au *trust*²⁸, son interprétation et son application varient selon la culture et l'histoire juridique propres à chaque système de droit. Au Québec, ce terme n'est plus employé en français : il est plutôt question de « fiducie » (art. 1260 et 1262 C.c.Q.), avec une définition propre au Québec, différente sur le plan conceptuel du *trust* de la common law. La fiducie était déjà définie dans le *Code civil du Bas Canada* : « la fiducie ne pouvait être constituée qu'à titre gratuit, étant créée par une donation ou un testament ou par la loi ». Avec le *Code civil du Québec*, la fiducie « peut naître également d'un contrat ou d'un jugement », se distinguant ainsi du *trust*. Il s'agirait de ne pas la confondre non plus avec la fiducie dans son acception en droit français (Code civil de France, art. 2012, depuis 2007), selon laquelle la fiducie est établie par la loi ou le contrat, et de manière expresse. Il est donc important de discerner l'usage de ces différents termes selon le cadre visé. Précisons que le terme « fiducie » est normalisé dans la common law en français et dans le *Code civil du Québec*.

26. René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1984, p. 417. Cette acception est différente de celle du décret en France, qui est un acte pris par le président de la République et l'arrêté qui est pris par les ministres, les préfets et les maires : Manuel de navigation, p. 409.

27. Manuel de navigation, p. 618 et suiv.

28. *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, 1^{er} juillet 1985, La Haye.

Le cas de l'« action collective » est un exemple d'embarquée, qui peut générer des confusions. Il s'agirait, selon le Manuel de navigation, d'un néologisme juridique qui s'inspirerait de l'expression américaine *class action*. Au Canada, et notamment au Québec, l'usage des termes « action » et « recours » serait souvent confondu (art. 233 C.p.c.; art. 326 et 1338 C.c.Q.). Le terme « action » est pourtant solidement établi en droit privé, bien qu'au sens strict il signifie le droit de saisir un tribunal. Et « recours » est le terme spécifique qui sert en droit public et administratif, pour le contentieux, et qui est davantage employé dans la pratique par le législateur (par exemple, dans la *Loi sur le recours collectif*²⁹), par le juge (dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*³⁰) et par l'auteur de doctrine. L'emploi du terme « recours » est propre au Québec et se distingue de son usage en France, là où l'expression « action collective » a un autre sens et désigne « l'action qu'un groupement, doté de la personnalité juridique, intente en son nom pour faire valoir des droits qui lui appartiennent en propre ou pour défendre les intérêts de la collectivité ». Selon le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, le concept de *class action* est désigné en France par les termes « action de groupe ou de classe³¹ ».

Une fois la navigation à l'estime maîtrisée, le marin jurilinguiste peut s'aventurer en haute mer et dessiner sa course à l'aide des étoiles.

C. La navigation hauturière

La navigation hauturière s'appuie traditionnellement sur les méthodes de navigation astronomique, qui requièrent de savoir reconnaître les astres, utiliser un sextant, consulter des éphémérides et effectuer des calculs qui permettent de déterminer la position estimée du navire. La maîtrise de tous ces instruments en droit canadien et en droit québécois repose sur l'expérience relative au développement spécifique des principes et de l'approche trans-

29. *Loi sur le recours collectif*, L.Q. 1978, c. 8.

30. Arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton* [2001] 2 S.C.R. 534.

31. Manuel de navigation, p. 33 et suiv.

systémiques. Elle implique aussi les connaissances permettant de repérer les représentations sur lesquelles est fondée la structure narrative du récit juridique, ainsi que les cas de hiatus dans les représentations et les concepts³². La combinaison de ces instruments avec ceux des autres types de navigation permet d'appréhender à la fois les cas de traduction horizontale (d'une langue à une autre et d'un système de droit à l'autre), les cas de traduction verticale (d'un domaine de connaissance à un autre)³³, les cas de traduction comparée dans le cas du transsystémisme, de même qu'un autre niveau de traduction concernant l'emprunt d'une théorie juridique dans une certaine doctrine, par l'usage d'un concept ou d'une famille de concepts, dans une autre langue et système de droit³⁴.

Il est un cas pratique en haute mer pour illustrer l'utilisation de ces instruments, et ayant nécessité un déballastage stratégique du navire : le terme « corporation³⁵ ». D'après le Manuel de navigation, depuis son entrée dans le *Code civil du Bas Canada* en 1866, le terme a toujours fait débat et a été dénoncé tour à tour comme anglicisme, terme à éviter et calque sémantique de l'anglais *corporation* lorsqu'il est employé dans le sens de personne morale. De manière à ne pas empanner et à garder le navire à flot, ce terme a été remplacé en français au regard de ses implications profondes sur le raisonnement juridique. Le nouveau *Code civil du Québec* l'a « remplacé par le nom société qui, sauf dans l'expression de société de personnes, s'entend désormais de toute personne morale (en 1991, c.64, P.I 125, Livre premier : Des personnes; Livre cinquième : Des personnes morales, Chapitre 1er; De la personnalité juridique. Voir art. 298 et s.) ». En anglais, le terme *corporation* désigne « à la fois une personne morale et un ordre

32. Voir notamment Norbert ROULAND, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1991, p. 182.

33. Vilém FLUSSER, *Writings*, trad. E. Eisel, Minnesota, University of Minnesota Press, 2002, p. 194.

34. Voir Neil MACCORMICK, « On Reasonableness », dans Chaïm PERELMAN (dir.), *Les notions à contenu variables en droit*, Bruxelles, Travaux du Centre national de recherches en logique, 1984, p. 131.

35. Manuel de navigation, p. 136 et suiv.

professionnel ». De la même manière, l'emploi du terme « incorporer » est dénoncé par la plupart des autorités linguistiques du Canada³⁶. Il est malgré tout encore employé par certaines institutions comme l'Agence du revenu du Canada ou encore le *Multi-dictionnaire*. Ce serait un anglicisme lorsqu'on l'emploie dans le sens de « constituer une société ayant une personnalité morale³⁷ », pour désigner la « constitution d'une société commerciale » (voir Gérard Dagenais, le *Termium*). Le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* recommande l'utilisation du terme « constitution » au lieu du terme « incorporation³⁸ ». Cependant, la présence de ces termes, du fait du poids de la common law sur le droit civiliste du Québec, véhiculerait une notion qui n'existe pas dans la langue d'arrivée, et soulèverait, sur le plan linguistique et juridique, un problème de droit comparé.

Le Manuel de navigation souligne que, si le terme « corporation » apparaît en français dans l'*Encyclopédie* en 1751, il est défini alors comme un « corps politique que l'on appelle ainsi en Angleterre, parce que les membres dont il est composé ne forment qu'un corps – le terme le plus proche en français est communauté ». Initialement emprunté au latin médiéval *corporatio* (qui veut dire « se former, prendre corps »), il désigne en français un ordre professionnel. Il serait employé à mauvais escient, sur le modèle américain, comme synonyme de compagnie ou de société. Le *Dictionnaire de droit privé au Québec* le définit comme personne morale qui tient son existence d'un texte législatif exprès ou d'un acte du pouvoir exécutif (par exemple, les municipalités, les sociétés par actions). Et le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* le présente comme une entité légalement constituée, dotée d'une personnalité juridique indépendante de celle de ses membres et à qui la loi reconnaît des droits et des obligations. Le *Dictionnaire* précise aussi que, dans les lois fédérales et le *Code civil du Québec*,

36. Manuel de navigation, p. 275-276.

37. Il s'agit de la définition du *Webster's New World College Dictionary*, 5^e éd., Indianapolis and Chichester, Wiley, 2014.

38. Toutefois, on utilise l'expression « personne morale » au fédéral, en Ontario et au Québec ; au Manitoba ou au Nouveau-Brunswick, le terme « corporation » est encore employé.

on emploie l'expression « personne morale ». Dans les textes juridiques canadiens, « corporation » désigne autant un corps politique qu'une entreprise commerciale (les deux avec personnalité juridique distincte), mais aussi un groupement professionnel³⁹. Le Manuel de navigation indique que le terme *corporation* se traduit désormais par « personne morale », et l'expression *business corporation*, par « société par actions » au fédéral et par « compagnie » au Québec, mais en matière de fiscalité on parlerait plutôt de « société⁴⁰ ».

III. Carnet de voyage en mer

En commentaire à cette difficulté du langage du droit soulevée dans le Manuel de navigation, nous souhaitons apporter un éclairage particulier sur les dangers de l'emploi des termes « corporation » et « incorporer » en français. Ils peuvent conduire à dévier de route en changeant la structure narrative du récit, au regard de l'importation des concepts et des théories de la doctrine juridique sur la personnalité. En effet, le plan de la théorie juridique a une influence sur l'importation d'un concept et son usage selon un certain raisonnement juridique⁴¹. Ainsi, l'étude de l'importation du discours juridique sur la personnalité morale/*corporation* implique celle des théories qui les fondent. Et dans ce cas, il semblerait que, à la suite de la codification du droit allemand, la théorie de la personnalité corporative ait été importée dans la doctrine juridique britannique et dans la doctrine juridique américaine⁴². L'approche initiale allemande s'appuie sur la *Willenstheorie*, qui fait du droit

39. Manuel de navigation, p. 142.

40. Manuel de navigation, p. 143.

41. Sandy LAMALLE, « Multilevel Translation Analysis of a Key Legal Concept: Persona Juris and Legal Pluralism », dans Le CHENG, King Kui SUI et Anne WAGNER, *Ashgate Handbook on Legal Translation*, Abingdon, Routledge, 2014.

42. David M. RABBAN, « The Historiography of Late Nineteenth-Century American Legal History », (2003) 4 *Theoretical Inquiries in Law* 541, 558 et 559; Ron HARRIS, « The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business », (2006) 63 *Washington Lee Law Review* 1421.

subjectif un « pouvoir de volonté », transposant ainsi le raisonnement sur les personnes physiques aux personnes dites morales⁴³. La notion de volonté collective a « été invoquée pour contrebalancer la théorie de la fiction et fonder la réalité de la personne morale⁴⁴ ». Alors qu'en France et dans le reste de l'Europe la controverse réalité-fiction s'est éteinte avec l'affirmation du concept de personnalité comme technique de la science juridique⁴⁵, du fait des théories et de leurs emprunts, les débats sur la réalité et la fiction de la personnalité ont continué à se développer au Royaume-Uni, aux États-Unis et au Canada. Les théories visées sont celles de la personnalité fictive ou artificielle, celle du contrat, de l'agrégat ou partenariat, et celle de la personnalité réelle ou naturelle (la réalité sociale d'un groupe en fait une personne juridique)⁴⁶. Ces trois théories sont fondées sur le mode de représentation et le procédé de la personnification⁴⁷, et résultent des trois figures stylistiques possibles de ce mode de représentation dans le langage : la métaphore, la synecdoque et la métonymie, qui ont été débattues par Hobbes, Wolff et Pufendorf⁴⁸. Ces trois théories ont conduit à adopter différents raisonnements juridiques quant à la personnalité morale et à la responsabilité, et ont été importées avec des motivations différentes de leur contexte initial. Alors qu'en Allemagne la théorie de la réalité⁴⁹ était avancée pour promouvoir la liberté d'association,

43. F.C. Savigny, *Traité de droit romain*, p. 2.

44. Louis MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1932, p. 107.

45. Cette affirmation repose notamment sur la base des travaux de François GÉNY préc., note 7. Anne PAYNOT-ROUVILLOIS, « Personnalité juridique », dans Stéphane RIALS et Denis ALLAND (eds), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France et Quadrige, 2006, p. 1157.

46. Voir R. HARRIS, préc., note 42, p. 1423.

47. Jean STRANGAS, « Les implications philosophiques de la notion de sujet de droit », (1989) *Archives de philosophie du droit* 34, 123 et suiv.

48. C'est pourquoi la réflexion médiévale à ce sujet distingue l'emploi de la notion de personnalité lorsqu'elle s'applique à d'autres réalités que les personnes physiques comme étant « fictive » ou encore « représentative ». Voir James Hendreson BURNS (dir.), *The Cambridge History of Medieval Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 520 et suiv. ainsi que p. 573 et suiv.

49. La théorie de la réalité considère que la personnalité juridique d'une personne morale est un fait, reconnu par le droit. Cette théorie est avancée

au Royaume-Uni et aux États-Unis, la même théorie était avancée pour exposer la responsabilité civile des syndicats aux poursuites des employeurs⁵⁰. Dans ce sens, la notion de *corporate personhood* aux États-Unis est comprise comme métaphore pour la personnification (comme mode de représentation) impliquant l'appréhension de la *corporation* comme une personne dans le raisonnement juridique⁵¹. Il est intéressant de noter que le terme *corporation* a évolué différemment en Angleterre et aux États-Unis. La pratique actuelle en Angleterre emploie ce terme pour des entités publiques ou gouvernementales, et celui de *company*, de manière générale pour le domaine des affaires. Une autre complication vient de l'usage du terme *corporation* en Amérique du Nord, comme équivalent de la *company* en Angleterre. Un tel cas peut être considéré comme un « terme lié à un système », qui désigne des concepts et des institutions spécifiques à la réalité juridique d'un système de droit⁵². Dans ce sens, les implications sur le raisonnement juridique relatives à l'emploi littéral et métaphorique du terme « personne » dans le XIV^e amendement américain ont conduit à une jurisprudence étendant les protections constitutionnelles aux *corporations*, c'est-à-dire aux entreprises. De là est née une opposition virulente à la personnalité des entreprises du fait de l'instrumentalisation de leur statut juridique et du manque de moyens pour les condamner.

Ces questions sont aussi l'objet de vifs débats au Canada depuis 1985, date à laquelle l'opération ayant pour objet d'attribuer la personnalité morale à une entreprise a été définie dans la *Loi*

notamment par Gierke et Jellinek, et se distingue ainsi de la théorie de la fiction.

50. Voir R. HARRIS, préc., note 42, p. 1429.

51. Voir notamment la décision fondatrice : *Louisville, C. & C.R. Co. v. Letson*, 2 How. 497, 558, 11 L.Ed. 353 (1844). La Cour suprême des États-Unis avance que, dans la perspective de la résolution du cas de droit examiné, une « corporation » est capable d'être traitée comme un citoyen, autant qu'une personne physique. Ces concepts et leur cadre théorique, reposant sur un certain mode de représentation, ont été ainsi codifiés dans la jurisprudence.

52. Susan SARCEVIC, *New Approach to Legal Translation*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, p. 233. Il est question de 'system-bound terms'.

canadienne sur les sociétés par actions⁵³. Cela peut être fait au niveau fédéral ou provincial, et différentes modalités s'appliquent. Le cas du Québec se distingue, car celui-ci a élaboré une acception particulière de la personnalité morale des entreprises ou *corporate personality* – à la fois provenant de la tradition civiliste et créant une nouvelle approche de manière à combler les lacunes du Code napoléonien : unique syncrétisme de théorie et pratique juridiques du Québec, en particulier à travers la jurisprudence⁵⁴. Cette nouvelle approche reconsidère le fondement classique de la personnalité morale et l'unité du patrimoine, et elle remet en question les théories de la fiction et de la réalité de la personnalité⁵⁵.

C'est pourquoi l'emploi du terme « corporation » en français, comme le terme employé en anglais dans le système de la common law au Royaume-Uni et aux États-Unis, est un cas d'« emprunt linguistique complexe⁵⁶ », qui demande de prendre en considération les théories et les relations entre les termes juridiques dans chaque langue de spécialité et système de droit⁵⁷. Le *Code civil du Québec* a opéré une manœuvre salutaire lors de sa réforme en abandonnant l'usage de ce terme.

Conclusion

En s'intéressant à la spécificité canadienne et québécoise, le Manuel de navigation précise les limites des modèles linguistiques et juridiques français de droit civil, et anglais et américain de common law. Il affirme de ce fait le rôle déterminant de la doctrine juridique canadienne et québécoise dans la définition, l'emploi et la formulation des concepts du droit au Canada. Le Manuel de

53. *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44.

54. Charlaïne BOUCHARD, *La personnalité morale démythifiée – Contribution à la définition de la nature juridique des sociétés de personnes québécoises*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1997, p. 57.

55. *Id.*, p. 17-19.

56. Paul-André CRÉPEAU, « La transposition juridique », dans Gérard SNOW et Jacques VANDERLINDEN (dir.), *Français juridique et science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 53.

57. Rodolfo SACCO, « La traduction juridique : un point de vue italien », (1987) 28-43 *C. de D.* 845, 850.

navigation souligne ainsi l'importance de la doctrine en matière juridique et jurilinguistique, et pointe la nécessité de mettre en relation ces deux types de doctrine et de les articuler.

Parmi les apports directs du Manuel de navigation, force est de constater qu'il établit un nouvel outil de mesure des courants et des contraintes qui s'exercent dans le vortex transsystémique et multilingue canadien, outil que nous pourrions appeler l'« échelle de DMT » (Dits et maux de Thémis). En mode de navigation côtière, à l'estime ou hauturière, cette échelle permet non seulement d'évaluer les difficultés et les dangers encourus, mais aussi de connaître les courants variables et les manœuvres d'évitage. Nul doute que l'échelle de DMT pourra inspirer les réflexions dans le contexte d'autres processus transsystémiques et multilingues, par exemple sur le plan régional et international.

Enfin, sur la ligne d'horizon, au regard de l'évolution des droits autochtones au Canada et du processus de réconciliation, se posent la question de la prise en considération des langues et des systèmes de droit autochtones dans le vortex canadien, et celle de leur impact sur la langue juridique au Canada.

QU'EST-CE QUE LA DOCTRINE EN DROIT CIVIL? UNE DÉCONSTRUCTION FÉMINISTE DE DISCOURS ENTOURANT LA CAPACITÉ JURIDIQUE DES FEMMES MARIÉES

par Marie-Neige LAPERRIÈRE*

Le présent article s'intéresse largement à la production de la connaissance en droit. Pour ce faire, il remet en question la notion de « doctrine » en droit civil et cherche à mieux comprendre ce qui distingue ce mode d'écriture d'autres discours sur le droit positif. La Loi sur la capacité juridique de la femme mariée a été adoptée en 1964 et est venue modifier la structure familiale québécoise jusqu'alors en place. Autour d'un objet commun, soit la capacité juridique des femmes mariées, l'analyse féministe ici proposée compare les textes des militantes féministes avec ceux de juristes reconnus. Cette comparaison révèle de nombreuses similitudes entre les deux groupes de textes, et également des différences significatives. L'auteure souhaite essentiellement démontrer que la différence la plus importante entre ces deux types d'écrits n'est pas leur caractère militant ou non, mais plutôt le type d'intérêts défendus. Alors que les auteures féministes affichent ouvertement leur volonté de changer le droit vers l'obtention d'une plus grande égalité entre les conjoint.es, les textes de doctrine utilisent la technique juridique pour défendre un système familial qui repose sur une hiérarchie en faveur du mari et du père.

*

L'auteure est actuellement professeure à l'Université du Québec en Outaouais (UQO). Elle est également notaire et docteure en droit. Son article s'inscrit dans ses recherches postdoctorales, en histoire du droit civil, entrepris avec la Chaire de recherche du Canada en histoire du droit civil au Québec à l'époque contemporaine (19^e et 20^e siècles). L'auteure remercie Thierry Nootens, son directeur de postdoc, pour sa relecture et ses commentaires. Les erreurs qui pourraient demeurer dans le texte qui suit sont évidemment de la seule responsabilité de l'auteure. Cette dernière remercie le Fonds de recherche Société et culture (FRQSC) et le Centre interuniversitaire d'études québécoises (CIEQ) pour leur soutien financier.

This article is largely concerned with the production of legal knowledge. To do so, it questions the notion of doctrine in law and seeks to better understand what distinguishes this mode of writing from other discourses on positive law. The Act respecting the legal capacity of married women was adopted in 1964 and changed the established family structure in Quebec. Taking as its focus a shared theme, namely the legal capacity of married women, our feminist analysis compares the texts of feminist activists with those of some famous lawyers. This comparison reveals many similarities between the two groups of texts, but also significant differences. Essentially, our aim is to demonstrate that the most important difference between these two types of writings lies not in the presence or absence of a militant bent but rather in the type of interests defended. While feminist writers openly declare their willingness to change the Civil Code to achieve greater equality between spouses, doctrinal texts use legal technique to uphold a hierarchical family system with the husband and the father at its top.

SOMMAIRE

Introduction	369
I. Les transformations en droit civil des structures	
Familiales et le concept de « doctrine »	376
A. La famille, une institution du droit civil	376
B. Pour une déconstruction féministe de la notion de doctrine civiliste	380
II. La construction des comparables	385
A. Le choix des textes : la période historique et le contexte de publication	385
1. La période étudiée	386
2. Les organes de publication et les types d'écrits	387
B. Comparer des incomparables	389
III. La capacité juridique des femmes mariées, un débat à la fois naturaliste, catholique, nationaliste, sociologique et juridique	391
A. La nature et la complémentarité des sexes	391
B. Le nationalisme catholique et l'intégrité du droit civil : le respect des traditions et du modèle familial canadien-français	398
C. La disparition du devoir d'obéissance : vers une augmentation de l'intervention judiciaire et la montée d'un individualisme féminin	406
D. Des observations sociologiques féministes : l'inadéquation entre les effets concrets du droit écrit et les objectifs de protection des femmes par le législateur	414
E. La technique juridique pour gommer la hiérarchie familiale	421
Conclusion	426

Introduction

« Pas d'histoire, les femmes¹ », c'est le titre donné par une « historienne indignée », Micheline Dumont, à son ouvrage qui dénonce le peu d'espace consacré aux femmes dans l'histoire comme discipline, mais également à travers le discours politique et médiatique, et démontre que cela ne signifie pas pour autant que les femmes n'ont pas d'histoire. Ce manque de représentativité serait davantage le symptôme d'une construction androcentrique des savoirs historiques que la preuve d'une absence d'histoire².

Comme juriste, nous pourrions reprendre cette formule pour dire « Pas de doctrine, les femmes! » En effet, nous nous intéressons ici à la notion de « doctrine juridique » et surtout à la manière dont ce concept, propre à la discipline du droit occidental moderne et attaché au statut de « juriste », exclut systématiquement les femmes de la littérature savante sur le droit au moins jusqu'en 1941, date à laquelle le Barreau du Québec ouvrira finalement ses portes aux femmes³. Leur admission à la profession notariale ne surviendra qu'en 1956⁴. Par la suite, la voix des femmes, légitimée par leur titre d'avocate ou de notaire, se fera entendre de plus en plus.

Est-ce à dire que les femmes n'ont pas écrit ni réfléchi sur le droit avant cette reconnaissance officielle de leur compétence par les deux ordres entourant la profession de juriste au Québec? Bien sûr que non. Au contraire, notre article a pour objectif premier de mettre en lumière les nombreux discours tenus par les femmes sur le droit civil, principalement durant la première moitié du XX^e siècle, à une époque où leur voix était niée, tant socialement que légalement. À titre d'exemple, c'est à partir de 1918

-
1. Micheline DUMONT, *Pas d'histoire, les femmes! Réflexions d'une historienne indignée*, Montréal, Éditions du Remue-ménage, 2013.
 2. *Id.*, p. 11 et 12.
 3. *Loi concernant le Barreau*, S.Q. 1941, c. 56.
 4. *Loi modifiant la Loi du notariat*, S.Q. 1956, c. 62.

qu'une majorité de femmes obtient le droit de vote au fédéral⁵, alors qu'au Québec ce droit ne sera acquis qu'en 1940⁶. Sans oublier que les femmes mariées demeureront officiellement et légalement incapables en droit civil, jusqu'en 1954⁷. Malgré tous ces obstacles, les femmes ont revendiqué leurs droits et ont lutté pour ceux-ci, en utilisant notamment le véhicule de l'écriture. Elles ont réfléchi sur le droit étatique, l'ont étudié, l'ont critiqué et ont dénoncé ses effets sur leur vie.

La capacité juridique des femmes mariées au Québec a fait couler beaucoup d'encre. Malgré son attachement au droit matrimonial, elle ne concerne pas que des chicanes de chambre à coucher ou de gestion de budget familial. Elle est structurante dans la société québécoise, puisqu'elle détermine le rôle des femmes et des hommes au sein du couple, mais également dans la vie publique. Comme l'avance Thérèse Casgrain en 1929, cette question est à la fois économique et politique⁸. De la Coutume de Paris jusqu'à la réforme des régimes matrimoniaux en 1969⁹, la capacité juridique des femmes mariées sera non seulement un objet de revendications émancipatrices, mais aussi un prétexte pour assurer la défense d'idées conservatrices. Des historien.nes ont analysé et ont rendu publics des textes écrits pour revendiquer l'égalité des femmes. De même, nombre de juristes se réfèrent encore de nos jours à plusieurs auteur.es du milieu juridique devenu.es des classiques en droit de la famille. La capacité juridique des femmes mariées a donc suscité de nombreuses réflexions dans les moments où les luttes étaient les plus chaudes et les textes qui concernent ce sujet sont toujours utilisés à l'heure actuelle.

Pourtant, à travers l'ensemble de nos lectures, nous n'avons trouvé aucune recherche qui compare ces différents types de dis-

-
5. *Loi ayant pour objet de conférer le droit de suffrage aux femmes*, S.C. 1918, c. 20.
 6. *Loi accordant aux femmes le droit de vote et d'éligibilité*, S.Q. 1940, c. 7.
 7. *Loi modifiant le Code civil*, S.Q. 1954, c. 48.
 8. Thérèse CASGRAIN, « Les revendications féminines », (1929) 18 *La Bonne Parole* 9.
 9. *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77.

cours. Généralement, les textes des juristes sont peu abordés par les chercheurs.ses en sciences humaines. Ils ne sont pas étudiés comme des textes militants, mais plutôt comme des travaux à caractère technique. Et leur usage demeure essentiellement l'apanage des membres de la communauté juridique. Par ailleurs, les textes des militantes féministes sont trop souvent ignorés par les juristes, notamment pour leur caractère ouvertement engagé. En d'autres termes, ces divers écrits sont très rarement mis en parallèle, puisqu'ils attirent des publics scientifiques différents.

Pour notre part, nous souhaitons ici comparer ces différents niveaux de discours, en les réunissant autour de leur préoccupation commune. Ainsi que nous le verrons, les écrits des femmes sur le droit sont comparables à ceux des hommes juristes de la même époque. Notre analyse mettra en évidence qu'à partir d'une structure paradigmatique commune présente chez les deux groupes d'auteur.es, les arguments utilisés produisent pourtant des raisonnements opposés. Notre thèse principale est que la comparaison de ces discours, sélectionnés sur la base d'un objet commun, fait ressortir que ce qui distingue le plus les deux groupes de textes n'est pas la qualité de l'analyse juridique ou leur caractère militant, mais plutôt le type d'intérêts défendus.

À partir de l'exemple concret des débats entourant la capacité juridique des femmes mariées, nous procéderons à une analyse comparée entre certains textes écrits par des femmes en tant que militantes, affichées ou non comme féministes, avec des textes écrits par des hommes à titre de juristes et qualifiés comme étant de la « doctrine juridique ». Notre analyse féministe cherche à mettre en avant le caractère historiquement patriarcal du concept de « doctrine », à la fois parce qu'il provoque l'exclusion des femmes comme auteures et parce qu'il valorise une certaine façon de se saisir des questions juridiques qui bénéficie plus largement aux hommes.

Mentionnons d'emblée que notre grille d'analyse est d'abord et avant tout féministe matérialiste. L'angle matérialiste de cette approche pose la division sexuelle du travail comme étant structu-

rante des rapports de production constitutifs de la classe des femmes, notamment en raison de la gratuité du travail qu'elles effectuent ou de la très faible valeur qui y est attribuée¹⁰. Ce féminisme interroge la manière dont cette exploitation devient trans- versale dans la société contemporaine, en particulier dans la cons- truction du droit étatique et de la discipline qui le sous-tend. Cela signifie donc de s'intéresser aux mécanismes par lesquels le pou- voir patriarcal trouve une forme d'expression particulière dans le droit positif. Autrement dit, comment le droit civil soutient-il des rapports antagoniques d'exploitation matérielle entre les classes des sexes et comment sa construction favorise-t-elle la division et la hiérarchisation entre les femmes et les hommes?

Pour les femmes, le matériel choisi porte essentiellement la voix d'un féminisme blanc, associé à une certaine bourgeoisie, principalement francophone, plus officiel et organisé. La première auteure retenue est Marie Gérin-Lajoie. Autodidacte et auteure d'un traité sur le droit civil en 1902¹¹, elle a également écrit de nombreux articles militants sur les droits des femmes mariées. Elle a ainsi joué un rôle prépondérant dans l'éducation des femmes sur le droit¹². Nous avons retenu en outre certains des écrits de Thérèse Casgrain. Réputée pour son travail sur le droit de vote des femmes, celle-ci a été de plusieurs batailles pour les femmes, dont l'égalité des conjoint.es marié.es. Nous avons aussi considéré quatre cours donnés en 1947 par Thaïs Lacoste-Frémont, sœur de Marie Gérin-Lajoie. Nous utiliserons de surcroît

10. Voir par exemple : Danièle KERGOAT, *Se battre, disent-elles*, coll. « Le Genre du monde », Paris, La Dispute, 2011; Colette GUILLAUMIN, *Sexe, race et pratique du pouvoir : l'idée de nature*, coll. « Recherches », Paris, Côté-femmes, 1992; Christine DELPHY, *L'ennemi principal. Économie politique du patriarcat*, t. 1, coll. « Nouvelles Questions féministes », Paris, Syllepse, 1998; Christine DELPHY, *L'ennemi principal. Penser le genre*, t. 2, coll. « Nouvelles Questions féministes », Paris, Syllepse, 1998.

11. Marie GÉRIN-LAJOIE, *Traité de droit usuel*, Montréal, Librairie Beauchemin, 1902.

12. Yolande COHEN et Chantal MAILLÉ, « Les cours d'instruction civique de la Fédération nationale Saint-Jean-Baptiste. Une voie d'accès à la citoyenneté politique pour les femmes du Québec », (1999) 12 *Recherches féministes* 39.

le mémoire d'Elizabeth C. Monk, l'une des trois premières femmes à être acceptées au Barreau du Québec en 1941, et de Jacques Perrault, adressé au Comité sur la réforme du Code civil. Finalement, nous nous pencherons sur un article de Réjane Laberge-Colas, première femme à siéger comme juge à la Cour supérieure du Québec.

Pour ce qui est de la doctrine juridique, nous avons arrêté notre choix sur les textes des auteurs suivants : Jean-Louis Baudouin, Germain Brière, Ernest Caparros, Roger Comtois, Jean Pineau et Claude Lombois. Contrairement aux écrits des femmes, qui sont échelonnés sur de nombreuses années, ces textes se concentrent de 1964 à 1966, les auteurs ayant rapidement réagi à la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*¹³, aussi connue sous le nom de « *bill 16* ». Les articles choisis ne représentent pas l'ensemble de la doctrine sur cette loi, pas plus qu'ils ne sont exhaustifs du travail en droit familial des auteurs retenus¹⁴. Précisons que notre objectif n'est certainement pas de faire un procès d'intention à ces hommes de loi, ni de les pointer comme individus et encore moins de les catégoriser comme « anti-femmes ». Ces auteurs ont été sélectionnés uniquement pour leur renommée au sein de la communauté juridique et pour leur intérêt à l'égard de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*. Nous avons donc opté pour leurs textes comme exemples du discours dominant sur le droit, avec l'intention de démontrer l'engagement de ce discours à l'endroit de la défense de certains groupes d'intérêts.

Il importe de savoir que la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée* a été présentée devant l'Assemblée nationale par la

13. *Loi sur la capacité juridique des femmes mariées*, S.Q. 1964, c. 66. (Projet de loi 16).

14. À titre d'exemple : Ernest CAPARROS, *Les lignes de force de l'évolution des régimes matrimoniaux en droits comparé et québécois*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1975; Jean PINEAU, *La famille*, coll. « Traité élémentaire de droit civil », Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1972; Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté des biens*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1964.

première femme à y être élue députée, soit Claire Kirkland-Casgrain¹⁵. En amont de l'adoption de cette loi se trouve un long, patient et acharné travail de lutte et d'éducation de la part de groupes de femmes qui revendiquent le changement de leur condition depuis le début du siècle. Cette loi à forte valeur symbolique, quoiqu'elle soit imparfaite à bien des égards, est un premier pas aussi tardif que nécessaire dans l'émancipation juridique de la femme mariée. Elle reçoit des appuis, mais également de nombreuses détractations, autant pour son manque d'ambition : « On ne nous donne que des miettes¹⁶ », qu'à l'inverse pour les « implications dangereuses¹⁷ » qu'elle représente pour la famille. Selon un rapport du Comité de législation du Barreau sur le *bill* 16 : « Le concept de l'égalité, en fonction des modalités du régime matrimonial, ne doit pas conduire, dans le concret, à la diminution de la capacité du mari¹⁸ ». Malgré les propos inquiets du Barreau, cette nouvelle loi n'instaure pas l'égalité entre les époux. Elle propose plutôt un remaniement du rôle de chacun.e des conjoint.es, tout en préservant la prépondérance du rôle de l'homme. Mentionnons que cette nouveauté législative concerne alors toutes les femmes mariées, tant en communauté de biens qu'en séparation de biens, puisque toutes perdaient leur capacité juridique du seul effet de leur mariage. Concrètement, cette loi aura cependant des effets différents sur les épouses selon leur régime matrimonial.

-
15. Anecdote amusante et représentative du malaise entourant la présence de cette première femme à l'Assemblée nationale, Claire Kirkland-Casgrain sera d'abord décrite comme « le parrain » de cette loi, pour ensuite en devenir « la marraine ». C'est cependant, l'expression « la mère » de cette nouvelle loi qui causera le plus d'enthousiasme. Voir les *Débats de l'Assemblée législative du Québec*, 3^e sess., 27^e légis., 11 février 1964, p. 905.
 16. Déclaration de Jeanne Duval dans l'article « Pour la PLEINE capacité juridique de la femme mariée, la seule solution valable : LA SÉPARATION DE BIENS », *La Presse*, 25 janvier 1964. Voir aussi l'article « Protestations générales contre le *bill* 16, sur le statut juridique de la femme mariée », *La Presse*, 7 février 1964.
 17. Ce texte est reproduit dans l'article « Législation », (1964) 24 *R. du B.* 342, 343.
 18. *Id.*, 342.

Notre analyse comparative permettra de faire ressortir des convergences et des ambivalences entre ces différent.es auteur.es qui ne peuvent pas être détectées autrement. Structuellement, la comparaison nous amènera aussi à confronter les intérêts de la classe des femmes et de celles des hommes. Nous souhaitons faire ressortir des éléments contradictoires propres au système patriarcal et surtout souligner la façon dont les savoirs juridiques reconnus comme ayant de la valeur pour les juristes mettent en place un argumentaire qui soutient une structure de pouvoir patriarcal en favorisant la reproduction de rapports antagoniques inégaux entre la classe des femmes et celle des hommes. En effet, cette comparaison exposera la manière dont l'exclusion des femmes à titre d'auteurs de doctrine relègue les questions sur l'exploitation des femmes au rang d'enjeux spécifiques et particuliers en marge d'une compréhension plus universelle du droit civil. Les groupes militant en faveur de la défense des droits des femmes se trouvent alors nécessairement en position de revendication, alors que la défense des intérêts de la classe des hommes autorise une posture plus posée et légitime, qui prend appui sur des arguments de nature juridique et technique.

Deux précisions linguistiques nous semblent nécessaires d'entrée de jeu. En 1964, la loi se référait à « la femme mariée » au singulier : de même en était-il de la majorité des textes écrits sur la question, qu'ils l'aient été par des femmes ou des hommes. De nos jours, les courants féministes réfléchissent plutôt leur sujet de lutte comme une pluralité. Nous respecterons cependant le langage de l'époque lorsque nous ferons référence directement au travail des auteur.es ou de la loi. De plus, nous emploierons les mots « féminisme » et « féministe » pour qualifier, sans distinction, certaines textes d'auteurs qui revendiquaient ou refusaient cette étiquette. Tout comme le suggèrent Micheline Dumont et Louise Toupin, « le terme "féminisme" sera employé [...] pour signifier cette mouvance à l'intérieur de laquelle le mouvement des femmes s'insère¹⁹ ».

19. Micheline DUMONT et Louise TOUPIN, *La pensée féministe au Québec. Anthologie, 1900-1985*, Montréal, Éditions du Remue-ménage, 2003, p. 26.

Notre démonstration comprend trois parties. Dans la première, nous présenterons deux concepts fondamentaux de notre recherche : tout d'abord la notion de famille, telle que la construit le droit civil. Pour ce faire, nous procéderons à un rapide examen des transformations législatives entourant la capacité juridique de la femme mariée dans le *Code civil du Bas Canada*. Ensuite, nous détaillerons le concept de doctrine couramment utilisé par les juristes et certaines questions qui le concernent. Dans la deuxième partie, nous exposerons notre méthode d'analyse, en insistant sur la manière dont la période historique et les auteur.es ont été choisis.es et sur le sens du terme « comparer ». La troisième partie sera entièrement consacrée à l'analyse : les trois premières sections s'intéresseront aux similitudes entre les deux groupes d'auteur.es; et les deux dernières, aux spécificités de chaque groupe.

I. Les transformations en droit civil des structures familiales et le concept de « doctrine »

Dans cette section, autant la « famille » que la « doctrine » seront envisagées comme des constructions sociales, auxquelles contribue le droit, ici entendu à la fois comme structure normative étatique et comme discipline. En premier lieu et afin de rompre avec l'idée que la famille répond à une organisation naturelle, nous présenterons rapidement la façon dont le droit civil met en place historiquement un certain modèle familial, centré sur la puissance du mari et l'incapacité de la femme. En second lieu, nous exposerons la manière dont le critère du statut de juriste, central dans la construction de la notion de doctrine, a des effets d'exclusion, dont les retombées n'occupent que très peu d'espace dans les débats à l'intérieur de la discipline du droit moderne.

A. La famille, une institution du droit civil

Il est commun de réfléchir les fondements de la famille à partir de l'idéologie naturaliste²⁰. La famille est alors envisagée

20. Frances E. OLSEN, « The Myth of State Intervention in the Family », dans Joanne CONAGHAN (dir.), *Feminist Legal Studies. Critical Concepts in Law*, Londres, Routledge, 2009, p. 49, à la p. 56.

comme une association naturelle formée du père, de la mère et de leurs enfants. Cette idéologie naturaliste suppose une division tout aussi naturelle des rôles au sein de la famille, qui reposerait sur une complémentarité des sexes, conforme à des caractéristiques intrinsèques et propres aux femmes et aux hommes. Les femmes, « naturellement » plus douces et aimantes, seraient prédestinées à prendre soin des enfants et du domicile, alors que la force et l'ambition des hommes leur confèreraient légitimement le rôle de pourvoyeur et de protecteur de la famille. De nombreux travaux féministes ont contesté cette idée de nature sous-jacente à la famille, pour décrire plutôt cette dernière comme une construction sociale qui se modèle selon les rapports de force en cause. La division sexuelle, qui caractérise les rôles familiaux, aurait pour objet de maintenir une hiérarchie entre les sexes. Hiérarchie à l'intérieur de laquelle les femmes voient leur force de travail dévalorisée par l'accomplissement de tâches gratuites au service de la famille²¹.

Sous-entendu dans cette idéologie naturaliste, le droit étatique ne ferait qu'entériner ce qui était déjà là avant lui. Sa fonction est alors assimilable à celle d'un gardien qui n'agirait qu'au moment où la famille devient dysfonctionnelle²². Frances Olsen critique grandement cette posture, puisqu'elle ne permet pas de comprendre la famille comme une construction à laquelle le droit étatique participe activement.

Ainsi, une étude historique du droit étatique, notamment du droit civil, permet de mettre en évidence le rôle essentiel que joue l'État dans le modelage de la famille. En vertu du C.c.B.C., la construction familiale repose en grande partie sur une division sexuelle des rôles entre les époux.ses, division qui provoque par le fait même une distribution inégale des droits, des pouvoirs et des obligations en fonction du sexe du ou de la conjoint.e. Cette organisation légale de la famille s'est transformée dans le temps, suivant d'importantes luttes menées notamment par des groupes de

21. Chr. DELPHY, « L'ennemi principal. Économie politique du patriarcat », préc., note 10.

22. Fr. E. OLSEN, préc., note 20, à la p. 56.

femmes. À titre d'exemple, l'article 174 C.c.B.C. établissait, et ce, jusqu'en 1964, ce grand principe de l'organisation familiale québécoise : « Le mari doit protection à sa femme; la femme obéissance à son mari. » Il sera modifié en 1964 avec l'adoption de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*. Sans pour autant abolir la hiérarchie entre les sexes, le nouvel article 174 efface du texte de loi le devoir d'obéissance de l'épouse :

La femme concourt avec le mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à préparer leur établissement.

La femme exerce seule ces fonctions lorsque le mari est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause.

L'épouse pouvait dorénavant concourir aux décisions familiales et même agir à titre de substitute si l'époux n'était pas en mesure d'agir. Ce nouveau statut est l'une des modifications significatives du *bill* 16. De cet article se dégage l'orientation générale que le législateur souhaite donner à la famille²³.

L'année 1964 est donc marquante pour les femmes du Québec en raison de l'adoption de cette réforme au C.c.B.C. qu'est la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*. Cependant, au regard de l'ensemble des réformes en droit de la famille, cette loi ne peut pas être qualifiée d'aboutissement : elle serait plutôt une étape ou encore une tentative du législateur d'adapter le droit étatique à la réalité sociale. Elle fait partie d'un long continuum législatif à l'intérieur duquel les droits des femmes ont connu certaines avancées, mais aussi des reculs²⁴. Après le passage de la

23. *Débats de l'Assemblée législative du Québec*, 3^e sess., 27^e légis., 11 février 1964, p. 894 et 895 (M^{me} Kirkland-Casgrain).

24. Pour un aperçu des luttes pour les droits des femmes, voir : Michelle BOIVIN, « L'évolution des droits de la femme au Québec : un survol historique », (1986) 2 C.J.W.L. 53; Nicole ROY, « La lutte des femmes pour la réforme du droit de la famille 1900-1955 », dans Serge LORTIE, Nicholas KASIRER et Jean-Guy BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec. Contribution à*

Coutume de Paris au C.c.B.C. le 1^{er} août 1866²⁵, la première réforme importante en droit de la famille pour les femmes a lieu en 1931²⁶. Rappelons que cette réforme ne prend en considération qu'une portion très modérée des demandes féminines. L'une de ses transformations les plus significatives est probablement la mise en place du régime des « biens réservés » de l'épouse²⁷. Ces biens réservés se réfèrent principalement aux revenus de l'épouse sur lesquels elle a dorénavant une administration autonome. Avant 1931, les revenus de l'épouse étaient absorbés dans la communauté de biens et se trouvaient, par conséquent, sous le contrôle complet de l'époux. Deux changements apportés au C.c.B.C. le 16 décembre 1954²⁸ valent la peine d'être mentionnés. Tout d'abord il y a élimination du double standard pour les demandes de séparation de corps. En effet, conformément à la version antérieure de l'article 188 du C.c.B.C., la femme mariée ne pouvait demander la séparation de corps pour cause d'adultère que dans le cas où la concubine du mari habitait dans la maison commune. En 1954, cette condition est abolie. Ensuite, dans la même réforme, l'article 986 C.c.B.C. est modifié. La femme mariée se verra enfin retirée de l'énumération des personnes incapables de contracter, telles que les mineurs et les interdits.

Suivant la loi de 1964, une loi sur le divorce sera adoptée et rendra le divorce plus accessible juridiquement à partir de 1969²⁹. L'année 1970 annoncera le remplacement de la communauté de

l'histoire immédiate d'une recodification réussie, Montréal, Éditions Thémis, 2004, p. 477; Jennifer STODDART, « Quand des gens de robe se penchent sur les droits des femmes : le cas de la commission Dorion, 1929-1931 », dans Marie LAVIGNE, Yolande PINARD et Suzanne D. CROSS (dir.), *Travailleuses et féministes. Les femmes dans la société québécoise*, Montréal, Boréal Express, 1983, p. 307.

25. *Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, S.P.C. 1865, c. 41. Voir également Micheline DUMONT et LE COLLECTIF CLIO, *L'Histoire des femmes au Québec depuis quatre siècles*, éd. entièrement revue et mise à jour, Montréal, Le Jour, 1992, p. 90.
26. *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme*, S.Q. 1931, c. 101.
27. *Id.*, art. 1425a)-1425i).
28. *Loi modifiant le Code civil*, préc., note 7.
29. *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-68, c. 24.

biens comme régime légal par celui de la société d'acquêts³⁰. Puis 1980 sera l'année de la naissance du nouveau *Code civil du Québec*³¹ qui reconnaît finalement l'égalité juridique des conjoint.es marié.es³². L'adoption du régime primaire qu'est le patrimoine familial se fera en 1989³³.

Après avoir examiné rapidement la manière dont le droit civil met en place une structure qui légifère directement sur l'organisation de la vie familiale, nous revisiterons maintenant la notion de doctrine. Notre déconstruction insiste sur les effets d'exclusion que génère la doctrine, notamment à cause du raisonnement circulaire qui sous-tend le concept lui-même. Dit de manière caricaturale : la doctrine est de la doctrine à la condition qu'elle soit écrite et reconnue comme telle par des juristes.

B. Pour une déconstruction féministe de la notion de doctrine civiliste

Le terme « doctrine » en droit civil revêt un sens particulier à la discipline du droit. À l'intérieur même de ce champ disciplinaire, il a toutes les apparences d'un savoir communément partagé. Il fait partie des concepts de base avec lequel tout.e bon.ne juriste apprend à se familiariser dès la première année de ses études universitaires. Il semble appartenir à un sens commun propre à la culture juridique, et chaque juriste en aurait une « idée intuitive³⁴ ». Mot fréquemment employé dans le vocabulaire juridique, sa présence dans un texte sur le droit fait suffisamment consensus pour qu'il se passe généralement d'explication ou de définition. Les auteur.es qui y ont recours paraissent faire reposer cet emploi sur un savoir commun et un consensus définitionnel

30. *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, préc., note 9.

31. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

32. Art. 441 C.c.Q. (1980).

33. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q., 1989, c. 55.

34. Sébastien GRAMMOND, « La doctrine, une obligation? », (2016) 118 *R. du N.* 311, 313.

quant à la nature de cette doctrine, mais également quant à son contenu et quant à l'identité des auteurs.

Malgré cette apparence de large consensus, certains débats alimentent la réflexion des juristes relativement à la doctrine, principalement en France³⁵ et, dans une moindre mesure, au Québec³⁶. Les interrogations portent principalement sur le rôle et la fonction de la doctrine : est-elle purement descriptive, interprétative ou libre de donner une opinion? Quelle est sa nature profonde : par exemple, un code annoté constitue-t-il de la doctrine³⁷? Qui peut l'écrire : des académicien.nes, des praticien.nes, exclusivement des juristes? À qui s'adresse la doctrine : aux praticien.nes, aux juges, au législateur? Est-elle une source du droit, au même titre que la loi, la jurisprudence et la coutume³⁸? Les interrogations demeurent largement circonscrites par les paramètres et les critères d'analyse propre à la discipline du droit³⁹.

-
35. Voir, par exemple, un numéro de la revue « Droits » consacré à la doctrine et à la recherche juridique : *Doctrine et recherche en droit*, coll. « Droits », Paris, Presses universitaires de France, 1994, ainsi que Yves POIRMEUR, CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE ET CENTRE D'HISTOIRE DU DROIT ET DE RECHERCHES INTER-NORMATIVES DE PICARDIE, *La doctrine juridique*, coll. « Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », Paris, Presses universitaires de France, 1993.
36. Pour un résumé de différents débats sur la doctrine, voir Aurore BENADIBA, « Pour une responsabilité éthique et réflexive de la doctrine », (2016) 118 *R. du N.* 243.
37. Pierre J. DALPHOND, « La doctrine a-t-elle un avenir au Québec? », (2008) 53 *R.D. McGill* 517, 521.
38. Philippe JESTAZ, *Les sources du droit*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 2005; Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2004; Pierre-Gabriel JOBIN, « Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges : les débuts d'une affaire de famille », (1980) 21 *C. de D.* 257. Voir également la *Revue du Notariat*, vol. 118, n° 2, 2016 (numéro entièrement consacré à la responsabilité de la doctrine).
39. Pour une explication résumée de cette gymnastique interne propre à la doctrine en droit, voir Vincent FORRAY, « La responsabilité du fait doctrinal », (2016) 118 *R. du N.* 329, 351-352.

Le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* suggère une définition en trois volets : « 1) Ensemble des ouvrages dans lesquels les auteurs expliquent et interprètent le droit. 2) Opinion d'un ou de plusieurs auteurs sur une question de droit. Ex. Selon la doctrine... 3) Théorie générale ou particulière portant sur une question juridique⁴⁰ ». De son côté, le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues* reprend sensiblement la même définition⁴¹. Il n'est pas rare que le premier et le deuxième volet se chevauchent et que, en offrant une interprétation du droit, l'auteur.e présente également une opinion sur la validité de la règle décrite. Il est implicitement compris que les auteur.es en question appartiennent à la grande famille des juristes, soit à titre de théoricien.nes, tel.les que les professeur.es d'université, ou encore comme praticien.nes, tel.les que les avocat.es, les notaires ou les juges. D'ailleurs, Sébastien Grammond reconnaît que « définir, c'est exclure⁴² ». Il précise que plusieurs définitions du terme « doctrine » excluent d'emblée les non-juristes⁴³.

Jacques Chevallier, pour sa part, définit la doctrine en droit « comme le champ social spécifique que forment les professionnels spécialisés dans la production et dans la transmission du savoir juridique, professionnels chargés de connaître et de faire connaître le droit⁴⁴ ». Selon lui, la capacité d'écrire de la doctrine repose sur la notion d'autorité, laquelle suppose « l'adoption d'une certaine *posture* par rapport au droit (distanciation) et une certaine compétence; elle suppose aussi la détention d'une certaine *compétence*, attestée, généralement mais pas exclusivement, par la possession

40. Hubert REID et Simon REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, « Doctrine », p. 219.

41. Paul-André CRÉPEAU (dir.) et CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Montréal, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, « Doctrine », p. 180-181.

42. S. GRAMMOND, préc., note 34, p. 314.

43. *Id.*

44. Jacques CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », (2002) 50 *Droit et Société : Revue Internationale de Théorie de Droit et de Sociologie Juridique* 103, 104.

de titres universitaires⁴⁵ ». Finalement, il inclut dans cette définition un facteur de « différenciation⁴⁶ », puisque tous.les les juristes ne sont pas nécessairement auteur.es de doctrine.

Cette compétence suppose donc de réfléchir à l'intérieur du cadre prescrit par la méthode juridique. À ce propos, Aurore Benadiba explique ceci : « Généralement, la doctrine n'offre pas de discours en-dehors du droit [...] La doctrine juridique abandonne bien souvent l'idée d'une position d'extériorité scientifique pour devenir un acteur influent dans le système juridique⁴⁷ ». Pour Pierre J. Dalphond, la doctrine « est le droit savant, qui émane généralement des professeurs et chercheurs des facultés de droit, par opposition aux ouvrages pratiques, qui émanent souvent des praticiens⁴⁸ ». La doctrine pour les juristes doit donc répondre à certains critères de scientificité propres à la science du droit et qui ont pour objet de faire avancer la connaissance sur le droit. En d'autres termes et pour reprendre une expression familière aux juristes, la doctrine « fait du droit », soit à partir d'« une acception positiviste, [...] "faire du droit" sous-[tend] une tentative de contribution à l'élaboration et à l'interprétation du droit étatique dans une perspective avant tout interne à celui-ci, ce qui précisément, est susceptible de rendre cette activité intelligible pour la majorité des juristes⁴⁹ ». Pour écrire de la doctrine, il faut donc répondre à des critères de compétence et d'expertise reconnus comme tels par les pair.es juristes et adopter un style d'écriture qui respecte la méthode du droit positif.

Nous cherchons ici à déconstruire le caractère spécifique et scientifique habituellement reconnu à la doctrine juridique pour en faire ressortir, au contraire, le caractère très engagé dans la

45. *Id.*

46. *Id.*

47. A. BENADIBA, préc., note 36, p. 250.

48. P.J. DALPHOND, préc., note 37, p. 521.

49. Jean-François GAUDREULT-DESBIEENS, « Libres propos sur l'essai juridique et l'élargissement souhaitable de la catégorie "doctrine" en droit », dans Karim BENYEKHEF (dir.), *Le texte mis à nu*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 107, à la p. 111.

défense d'intérêts précis. Comme nous le verrons, alors que d'emblée les lecteurs.trices s'attendent à une écriture revendicatrice sous la plume des femmes, celle des hommes, qui devraient pourtant se limiter à des commentaires caractéristiques de la perspective interne du droit⁵⁰, revêt elle aussi un caractère fortement militant. C'est également ce qu'observe Danièle Lochak, lorsqu'elle compare des textes annoncés comme engagés avec d'autres qui soutiennent plutôt une position de neutralité :

En dépit du positivisme dominant dans les facultés de droit, l'idée que la doctrine doit être neutre n'est guère confortée par l'observation. Ce qui frappe, c'est au contraire la fréquente propension des auteurs à prendre parti et à passer d'un discours *de lege lata* [la loi telle qu'elle est] à un discours *de lege ferenda* [ce que devrait être la loi]. La doctrine a également bien du mal à se défaire d'un jusnaturalisme latent, particulièrement visible lorsque les textes commentés interviennent dans des domaines fortement imprégnés du poids de la morale traditionnelle, comme les relations familiales ou la sexualité⁵¹.

Les objectifs annoncés de notre article ne sont pas de nous positionner à l'intérieur des débats internes, propres à la discipline du droit, et qui concernent différentes questions entourant la doctrine. Au contraire, notre objectif comme chercheuse féministe est de nous intéresser aux effets sur la construction du savoir juridique du processus d'exclusion systématique qu'ont subi les femmes des professions juridiques jusqu'en 1941 (barreau) et en 1956 (notariat). Si ces différents critères d'appartenance à la profession juridique et de scientificité peuvent sembler anodins au regard des rapports sociaux de sexe de nos jours, cette notion a pourtant rendu légitime le monopole des hommes sur les savoirs juridiques, et ce, durant une longue période de temps.

50. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit? », (1987) 11 *Déviance et Société* 183.

51. Danièle LOCHAK, « La profession d'universitaire face à la question de l'engagement », dans Emmanuel DOCKÈS (dir.), *Au cœur des combats juridiques : pensées et témoignages de juristes engagés*, Paris, Dalloz, 2007, p. 31, à la p. 32.

La prise en considération du statut des femmes dans la communauté des juristes permet d'illustrer que le critère du sexe a été un critère à la fois d'admissibilité au droit pour les hommes et d'exclusion pour les femmes. Celles-ci écrivent pourtant depuis longtemps sur le droit. Après avoir posé le constat que les femmes ont été systématiquement exclues du processus d'écriture doctrinal, nous aborderons la question suivante : quels sont les éléments qui distinguent ou qui réunissent les écritures des femmes et des hommes sur le droit?

II. La construction des comparables

La mise en relation d'objets apparemment étrangers l'un à l'autre pour une étude articulée autour de critères communs fait référence à l'acte de comparer. Comme l'explique Marcel Detienne⁵², la comparaison est un travail de construction et d'imagination de la part de la chercheuse ou du chercheur. Cette section se consacre donc à la présentation de ce travail de construction. Nous expliquerons, dans un premier temps, le choix des textes; nous détaillerons, dans un second temps, la construction de la grille d'analyse.

A. Le choix des textes : la période historique et le contexte de publication

Deux éléments nous ont posé problème au moment de choisir nos textes. Premièrement, nous devons privilégier une période historique à étudier. En raison du travail revendicateur des femmes, le choix des textes ne pouvait pas se limiter aux années qui ont immédiatement précédé ou suivi l'année 1964. À l'inverse, il y avait suffisamment de travail doctrinal aux environs de cette année-là pour faire une sélection. Deuxièmement, l'abondante littérature sur le sujet a transformé le choix des auteur.es et des textes en un autre enjeu important.

52. Marcel DETIENNE, *Comparer l'incomparable*, coll. « La Librairie du XXe siècle », Paris, Éditions du Seuil, 2000.

1. La période étudiée

Tous les textes choisis concernent la question de la capacité juridique de la femme mariée. Pourtant, et afin d'obtenir un échantillon représentatif, nous avons opté pour une plus longue période à étudier relativement aux textes rédigés par des femmes. En effet, le premier texte sous la plume d'une femme date de 1915 et les autres ont été sélectionnés jusqu'en 1963. Pour la doctrine positiviste, les textes sont concentrés pendant la période 1964-1966, suivant l'adoption de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*.

Cet écart entre les dates pour justifier le choix des auteures et des auteurs se fonde essentiellement sur deux raisons. La première découle directement de la fonction militante des textes féministes retenus. Les femmes dénoncent la position d'asservissement dans laquelle les place le droit étatique. Elles veulent transformer le système en place, alors que les juristes font plutôt office de gardiens d'un ordre établi. Ainsi, les écrits qui militent pour du changement se posent nécessairement en amont des changements législatifs souhaités. À l'inverse, les textes des juristes, ayant pour mission d'interpréter le droit, répondent plutôt à une nouvelle législation.

Si la première raison concerne précisément le fait d'écrire en adoptant une posture de revendication, la seconde se rapporte plutôt à la problématique plus générale sur les relations qu'entretient le droit étatique avec les changements sociaux. Ces relations se révèlent complexes et peuvent varier selon le type de sujet traité⁵³. Par exemple, le droit sera parfois un moteur de changements, alors qu'à d'autres moments il jouera le rôle d'un « barrage⁵⁴ » ou il ne fera qu'entériner ce que la société a depuis longtemps reconnu.

53. Martha MINOW, « Law and Social Change », (1993-1994) 62 *UMKC L. Rev.* 171.

54. Julie RINGELHEIM, « Droit, contexte et changement social », (2013) 70 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 157, 157.

En bref, cet écart dans le temps entre nos deux groupes d'auteur.es est en soit un des symptômes principaux de l'exclusion systématique des femmes ici dénoncée. En raison de la construction même du concept de doctrine, il est impossible d'étudier la voix des femmes sur le droit étatique avant leur entrée dans les professions juridiques, puisqu'elle est pratiquement disqualifiée d'emblée. Dans une perspective féministe, cela ne signifie pas que la comparaison n'est pas faisable, mais plutôt qu'il faut adapter en conséquence les outils méthodologiques et les critères d'analyse.

2. Les organes de publication et les types d'écrits

Nous l'avons déjà mentionné, les débats sur la capacité juridique des femmes ont été nombreux. Nous ne pouvons donc nous permettre, dans le présent texte, d'analyser l'ensemble de la littérature concernant la capacité juridique des femmes mariées et la loi qui la concerne. De plus, étant donné les multiples disparités dans les conditions d'écriture des femmes et des hommes, les critères de sélection des textes ne peuvent être identiques. Le critère commun a été le sujet des articles, soit la capacité juridique des femmes mariées.

Alors que Virginia Woolf a souligné l'importance d'avoir une « chambre à soi » comme lieu de production littéraire, nous pourrions ajouter la nécessité de « lieux de diffusion à soi ». L'exclusion des femmes des professions juridiques influera donc sur le lieu de production et de publication de leurs écrits. Pour leur part, les juristes, des hommes, bénéficient des structures et du prestige de revues sérieuses, reconnues et bien organisées en matière d'édition et de diffusion. De plus, ces revues, telles que la *Revue du Barreau*, la *Revue du Notariat* ou *Les Cahiers de droit*, s'adressent à un public spécialisé. En comparaison, les femmes du début du siècle publient dans des plateformes hétéroclites sans vocation juridique⁵⁵. Nous utiliserons en particulier la revue

55. Pour des exemples de sites de publication, voir M. DUMONT et L. TOUPIN, préc., note 19.

La Bonne Parole, mensuel féminin fondée par Marie Gérin-Lajoie et organe de la Fédération nationale Saint-Jean-Baptiste⁵⁶. À l'intérieur de ce journal se trouvent des articles sur le droit, principalement écrits par Marie Gérin-Lajoie, ainsi que d'autres textes ayant une volonté revendicatrice, notamment sur l'éducation des jeunes filles. Cependant, ces articles plus spécialisés côtoient des chroniques d'économie familiale, des éditoriaux du clergé, des recettes et des contes par exemple. Marie Gérin-Lajoie – à titre de présidente de la Fédération nationale Saint-Jean-Baptiste, et ce, jusqu'en 1933⁵⁷ – et son équipe sont responsables de l'écriture des articles, mais aussi de l'ensemble de la production et de la diffusion de chaque numéro. De plus, qu'elles publient dans une revue de femmes ou dans des quotidiens tels que *Le Devoir* ou *La Presse*, le public à qui elles s'adressent est formé d'une large audience de non-spécialistes. Par conséquent, le vocabulaire employé et le type d'écriture adopté seront nécessairement différents de ceux de leurs « homologues » juristes.

Le lieu de publication et le public visé influent également sur la longueur des articles. Les écrits des femmes étant plutôt courts, généralement d'une page ou deux, alors que ceux des hommes ont minimalement une vingtaine de pages, voire beaucoup plus. Le terrain n'est alors pas propice au même développement de la pensée, et cela jouera certainement sur la rhétorique utilisée. En outre, la position des femmes, en demande, force des écrits revendicateurs qui prônent le changement, alors que ceux des hommes adoptent généralement une position plus conservatrice. Le fait de réclamer du changement et de dénoncer le carac-

56. Sur l'histoire de cette fédération, voir Marie LAVIGNE, Yolande PINARD et Jennifer STODDART, « La Fédération nationale Saint-Jean-Baptiste et les revendications féministes au début du 20^e siècle », dans Marie LAVIGNE, Yolande PINARD et Suzanne D. CROSS (dir.), *Travailleuses et féministes. Les femmes dans la société québécoise*, Montréal, Boréal Express, 1983, p. 199.

57. Maryse BEAULIEU, « La condition juridique de la femme mariée (1907-1931) : salaire et communauté. Position de Marie Lacoste Gérin-Lajoie », (2001) 14 *Recherches féministes* 5; Anne-Marie SICOTTE, *Marie Gérin-Lajoie. Conquérante de la liberté*, Montréal, Éditions du Remue-ménage, 2005.

tère inapproprié du droit pour les femmes oblige ces dernières à réfléchir à l'extérieur des concepts mis en avant par le droit. Ces concepts sont dénoncés comme insuffisants pour prendre en charge la réalité des femmes. Interdisciplinaires et sociologues du droit avant l'heure, ces auteures doivent donc adopter un vocabulaire différent de celui des juristes, adapté à leurs demandes et à leur public.

B. Comparer des incomparables⁵⁸

Le procédé analytique ici retenu est celui de la comparaison. Comme l'explique Marcel Detienne, l'acte de comparer est en soi un travail de construction. Il propose à cet égard l'expression « comparatisme constructif⁵⁹ » : ce type de comparatif cherche à décomposer des catégories propres à certaines disciplines, en vue de déceler de nouvelles articulations⁶⁰. Un tel travail de déconstruction permet de « porter un regard critique sur sa propre tradition⁶¹ » disciplinaire.

C'est en lisant les articles de Marie Gérin-Lajoie dans *La Bonne Parole*, pour un autre projet de recherche, que nous avons eu l'idée de comparer cette auteure et d'autres femmes avec des auteurs juristes. En effet, considérant le sérieux et la compétence de ces femmes en matière de droit civil, nous nous sommes simplement demandé ce qui pouvait les distinguer de la doctrine traditionnelle juridique et, de manière beaucoup plus fondamentale, la raison d'être de cette distinction. Après de nombreuses lectures, un constat s'est imposé à nous : malgré des styles d'écriture très différents, les auteur.es fondaient leur position à propos de la capacité juridique des femmes mariées sur des arguments semblables et des thèmes récurrents, tout en tenant parfois des raisonnements complètement opposés. À nos yeux, leurs textes étaient donc comparables. À la lumière de ces observations, nous avons extrait les types d'argumentaires

58. Le titre est ici un clin d'œil à l'ouvrage de M. DETIENNE, préc., note 52.

59. *Id.*, p. 42.

60. *Id.*, p. 50.

61. *Id.*, p. 59.

communs à ces deux groupes littéraires. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, les féministes et les juristes n'utilisent pas nécessairement des idées parfaitement différentes. Au contraire, plusieurs paradigmes communs sont partagés, mais le sens est réapproprié selon les intérêts défendus. Par exemple, nous verrons que le catholicisme teinte autant le discours des femmes que celui des hommes, quoique pour des raisons autres. De même, l'idée que le droit soit en décalage par rapport à la société est partagée par les femmes et de nombreux juristes. Pourtant, les effets de ce décalage ne seront pas nécessairement analysés de la même manière : vu comme un tort à l'endroit des femmes, selon certaines auteures, il sera plutôt perçu tel un risque de dévaluation du système juridique pour d'autres. Nous avons aussi mis en évidence certains réflexes propres à chacun des deux groupes d'intérêts. Ainsi, les juristes s'appuieront davantage sur la technique du droit, alors que les femmes s'inspireront plutôt d'anecdotes pour dénoncer les effets injustes de la loi.

Finalement, il est essentiel de se souvenir que la comparaison se fait entre des textes qui comptent parfois près de 50 années d'écart. Dans certains cas, nous observons un net décalage et peut-être un sentiment de répétition entre les arguments des féministes et ceux de la doctrine. Des années plus tard, certains juristes remettent de l'avant des arguments que les féministes contredisaient des décennies plus tôt et qui semblent pourtant toujours actuels dans la communauté juridique. C'est peut-être un autre signe de l'important décalage entre le droit étatique et la réalité sociale.

III. La capacité juridique des femmes mariées, un débat à la fois naturaliste, catholique, nationaliste, sociologique et juridique

En nous basant sur des exemples tirés des textes choisis, nous exposerons maintenant les similitudes et les différences entre leurs auteur.es à partir de cinq critères d'analyse :

- l'idéologie naturaliste sur la division sexuelle;
- le nationalisme catholique;
- le rôle des juges dans les familles;
- l'utilisation de l'expérience des femmes comme démonstration des inégalités produites par le droit, ou les spécificités de l'argumentaire féminin;
- le recours à la technique juridique, ou les spécificités de l'argumentaire masculin.

Les frontières entre ces cinq critères sont poreuses : pour éviter des risques de répétition, nous avons choisi de concentrer certaines citations et analyses à l'intérieur d'un critère, quoiqu'elles en chevauchent d'autres.

A. La nature et la complémentarité des sexes

Au cœur de la (in)capacité juridique des femmes mariées gronde la question des « pourquoi ». Pourquoi les femmes mariées sont-elles considérées comme incapables juridiquement, alors que les hommes sont pleinement capables? Pourquoi cette incapacité se développe-t-elle seulement durant le mariage? Pourquoi devraient-elles acquérir ou non leur pleine capacité juridique?

En réponse à ces trois questions, le rôle de la nature et la complémentarité des sexes sont un facteur explicatif pour plusieurs auteur.es. L'idéologie naturaliste tient pour acquis que certaines qualités sont intrinsèquement féminines ou masculines. Aux femmes, il sera reconnu en général des qualités liées à l'amour, à la patience et à la bonté; aux hommes, le caractère plus ambitieux et fort. Le fait d'appartenir à un sexe ou à l'autre détermine le rôle et les fonctions qu'il est possible d'exercer dans

la société québécoise. Ainsi, en amont de l'incapacité juridique des femmes mariées s'observe une compréhension de la division sexuelle. De cette conception naturaliste des sexes découle une image de la famille à l'intérieur de laquelle les femmes et les hommes occupent des rôles prédéterminés. Pour certaines, cette complémentarité justifie que les femmes mariées obtiennent leur pleine capacité juridique, alors que pour certains elle plaide en faveur d'une hiérarchie familiale à la tête de laquelle trône l'homme. S'engage alors un débat important sur la nécessité ou non d'avoir un ou une chef de famille et le caractère exorbitant d'une famille bicéphale.

Jean Pineau résume bien en une phrase la pensée naturaliste et sa place au cœur de la famille en droit civil : « Le phénomène naturel qui veut que les personnes humaines soient groupées en famille, a donné naissance, il y a fort longtemps, à une organisation juridique qui, depuis lors, a évolué avec le temps et les civilisations⁶² ». Selon lui, la présence d'un chef est une exigence obligatoire de cette structure « naturelle ». Pour appuyer sa thèse, il cite un juriste français, Henri Mazeaud⁶³ :

On en conclut qu'un chef est nécessaire à cette famille pour qu'elle soit viable et que ce chef doit être par principe le mari, car "l'homme est généralement par sa force plus grande et son caractère plus ferme, mieux apte que la femme à porter le fardeau des charges familiales et la responsabilité de la direction⁶⁴".

Au contraire, Germain Brière semble plutôt vouloir réfuter la thèse naturaliste pour expliquer l'incapacité juridique de la femme mariée : « vu [...] l'opinion largement répandue selon laquelle l'incapacité de la femme mariée ne reposait pas, en droit

62. Jean PINEAU, « L'autorité dans la famille », (1965) 7 *C. de D.* 201, 201.

63. Henri MAZEAUD, « Une famille sans chef », *D.* 1951, Chap. 141.

64. J. PINEAU, préc., note 62, 217.

québécois, sur une infériorité du sexe féminin, fragilitas sexus, mais uniquement sur la puissance maritale⁶⁵ ».

Cette explication est pour le moins paradoxale, puisqu'elle nous laisse avec une étrange question en tête : sur quoi repose alors la puissance maritale? Ici Germain Brière reprend la thèse qu'explique Claude Lombois, c'est-à-dire que l'incapacité des femmes mariées ne serait « point fondée sur le sexe, mais rendue nécessaire par le mariage⁶⁶ ». Pourtant, comme le souligne ce dernier, les deux incapacités (en raison du sexe ou en raison du mariage) sont intimement liées et même complémentaires, puisque « c'était son sexe qui désignait la femme pour être incapable⁶⁷ ». Le raisonnement est circulaire.

En fait, bien qu'il estime que l'incapacité juridique de la femme mariée est « démodée⁶⁸ », puisque cette incapacité est décalée devant l'entrée massive des femmes sur le marché de l'emploi, Claude Lombois continue pourtant de défendre un modèle familial à l'intérieur duquel le mari possède seul les pouvoirs de gestion. Dans le mariage, la femme est donc « collaboratrice, non chef à demi. L'intérêt de la famille, qui justifie les pouvoirs qu'on lui donne [à la femme], justifie aussi qu'on les limite. À la communauté, il faut *un chef*⁶⁹ ».

Finalement, la citation suivante de Jean-Louis Baudouin permet de déduire qu'il reconnaît les relents naturalistes qui habitent le C.c.B.C., tout en cherchant à s'en distancier :

Bien que la plupart des auteurs se soient plus à démontrer que l'incapacité juridique de la femme mariée ne reposait pas tant sur la faiblesse d'esprit de celle-ci

65. Germain BRIÈRE, « Le nouveau statut juridique de la femme mariée », (1965) *Lois nouvelles* 7, 22.

66. Claude LOMBOIS, « La condition juridique de la femme mariée », (1966) 68 *R. du N.* 457, 458.

67. *Id.*, 459.

68. *Id.*

69. Claude LOMBOIS, « La condition juridique de la femme mariée », (1966) 69 *R. du N.* 98, 109.

(imbecillitas sexus) que sur la nécessité de maintenir l'unité de direction du ménage, dans la réalité quotidienne l'incapacité de la femme mariée apparaissait en fait beaucoup plus centrée autour de la notion d'inégalité des sexes et de la suprématie du sexe fort dans le mariage⁷⁰.

Pourtant, l'ouverture que Jean-Louis Baudouin offre à la capacité juridique de la femme mariée est bien mince, et il continue de militer en faveur de la puissance du mari :

Il nous semble en effet parfaitement possible juridiquement de donner au mari certains pouvoirs-clé lui permettant d'exercer le rôle de chef de famille sans pour autant réduire son épouse à une incapacité juridique totale [...] On a confondu nettement ici incapacité et pouvoir de gestion⁷¹.

Nous reviendrons ultérieurement sur cette distinction technique qu'opèrent les juristes entre incapacité légale et limitations des pouvoirs de gestion. Au regard du critère de la nature, on observe que Jean-Louis Baudouin refuse la justification de l'incapacité juridique de la femme sur l'argument de la faiblesse; cependant, il continue de défendre l'idée que la famille a besoin d'un chef et que ce dernier doit être le mari.

L'idéologie naturaliste plane également au-dessus des argumentaires féminins. Ainsi, Marie Gérin-Lajoie, plus de 30 ans avant l'adoption de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, écrit ceci :

Voilà le principe fondamental de la Communauté: "Équivalence de valeur entre les activités de l'homme et celles de la femme dans le mariage, société parfaite qui confond les intérêts comme la vie des époux et *Justice* dans le partage des biens!" Au point de vue moral, il y a donc aussi équi-

70. Jean-Louis BAUDOUIN, « Examen critique de la réforme sur la capacité de la femme mariée québécoise », (1965) 43 *R. du B. can* 393, 396 et 397.

71. *Id.*, 397.

valence de dignité entre l'homme et la femme dans la Communauté⁷².

Cette auteure utilise elle aussi l'idée de complémentarité entre les deux sexes, mais cette fois pour justifier une égalité et une équivalence de valeur entre les femmes et les hommes. D'autres citations de Marie Gérin-Lajoie nous font percevoir une certaine ambivalence dans ses positions. Elle est grandement partagée entre une famille idéale chrétienne, nous y reviendrons, à l'intérieur de laquelle le père occupe une position de pouvoir en raison de sa qualité de pourvoyeur, et la réalité matérielle qui veut que trop souvent les femmes se retrouvent sur le marché de l'emploi, sans pour autant pouvoir gérer le fruit de leur travail. Les revendications en 1927 sont concentrées autour de la création de biens réservés pour l'épouse, ce qui lui permettrait justement de jouir de son salaire et de les protéger un peu mieux des excès de son mari.

Thérèse Casgrain s'appuie également sur certaines caractéristiques naturalistes en faveur des femmes. Ces qualités, que la « nature » leur aurait conférées, ne plaident-elles pas justement en leur faveur pour qu'elles occupent une plus grande place dans la société et la vie politique? Voici comment cette femme politique aborde la question :

L'homme, plus fort que la femme, plus blasé qu'elle, absorbé par ses préoccupations politiques, par les luttes de parti, néglige souvent ces problèmes vitaux, pour le plus grand mal de la société. Si la femme est plus humaine, plus sensible, plus idéaliste que lui, n'est-ce donc pas une raison de plus pour l'introduire comme un élément régénérateur, dans la vie politique⁷³?

Irène Joly, dans son plaidoyer devant la Commission pour la réforme du Code civil en 1929, au nom de l'Association des

72. Marie GÉRIN-LAJOIE, « Sauvons nos lois françaises », (1927) 15 *La Bonne Parole* 3, 4. Voir aussi Marie GÉRIN-LAJOIE, « Sauvons nos lois françaises (suite) IV : Conclusion », (1927) 15 *La Bonne Parole* 3.

73. T. CASGRAIN, préc., note 8, 9.

femmes propriétaires de Montréal, estime également que l'homme et la femme sont égaux dans leur différence : « L'homme est de sa nature téméraire, ambitieux; la femme de son côté est prudente, conservatrice. Pourquoi ne pas mettre au profit de la communauté les qualités différentes des deux époux⁷⁴ »? Ces différences, plutôt que de justifier une hiérarchie entre les sexes, devraient servir à l'accomplissement « d'un bonheur plus parfait⁷⁵ ».

Finalement, et nous considérons que cet argument appartient à l'idéologie naturaliste, il n'est pas rare que des féministes invoquent la maternité des femmes pour justifier l'octroi de pouvoirs supplémentaires. À titre d'exemple, Thaïs Lacoste-Frémont enseignera ce qui suit dans un cours :

Si la formation du caractère des humains est d'une importance primordiale et que ce sont les parents qui ont l'obligation d'y voir; que la mère est trop souvent seule à y pourvoir, il lui est impossible d'accomplir sa tâche supérieurement si la société la considère comme un être inférieur, ce qui se traduit dans notre code civil par l'état d'incapacité, la situation d'une mineure⁷⁶.

Diane Lamoureux précise que ce type d'argument appartient au « féminisme de la maternité sociale⁷⁷ ». Le statut de mère sera principalement mis en avant au début du XX^e siècle, et ce, jusqu'à la fin des années 40. Ce mouvement est parfois aussi appelé « maternaliste⁷⁸ ». Dans le mouvement féministe, le discours glisse lentement : l'égalité sera de moins en moins réclamée

74. Irène JOLY, « Plaidoyer de Mademoiselle Irène Joly », (1930) 18 *La Bonne Parole* 12, 13.

75. *Id.*

76. Thaïs LACOSTE-FRÉMONT, *Deuxième cours donné au Cercle de l'Amicale de Jésus-Marie*, Sillery, 23 octobre 1947, p. 17.

77. Diane LAMOUREUX, « Idola Saint-Jean et le radicalisme féministe de l'entre-deux-guerres », (1991) 4 *Recherches féministes* 45, 53.

78. Pour comprendre le sens du mot « maternalisme » au Québec et sa place dans le mouvement féministe, voir Karine HÉBERT, « Une organisation maternaliste au Québec la Fédération nationale Saint-Jean-Baptiste et la bataille pour le vote des femmes », (1999) 52 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 315.

comme une nécessité pour les mères, mais de plus en plus en raison de la situation sociale qu'occupent les femmes dans la vie économique et politique du pays. Ces dernières ont fait la preuve de leur pleine capacité en effectuant de nombreux travaux d'« homme » durant la Seconde Guerre mondiale. Ainsi, Réjane Laberge-Colas estime que « [d]eux conflits mondiaux ont démontré que la femme peut utilement remplacer son mari dans la gestion des biens familiaux⁷⁹ ». Elle ajoute également les éléments suivants comme facteurs plaidant en faveur de l'égalité des femmes : l'instruction, l'indépendance, l'intégration professionnelle et leur participation à la vie politique⁸⁰.

Ce constat sur l'usage de la maternité comme argument féministe a été largement étudié⁸¹, de même que son importance pour l'avancement des droits des femmes au Québec⁸². Cependant, ce qui est beaucoup moins étudié et très rarement nommé, c'est l'argument similaire utilisé par les hommes. Au nom de la masculinité et de la paternité, des juristes défendent le maintien du pouvoir entre les mains du mari. À cet égard, cette citation de Jean Pineau est particulièrement éloquente : « Toutefois, cette autorité paternelle est le pivot de l'organisation de la famille, aussi n'est-il pas surprenant de voir le père disposer de pouvoirs assez importants⁸³ ». Dans le même sens, Jean-Louis Baudouin défend lui aussi l'idée que la puissance paternelle justifie la chefferie de l'homme dans la famille : « Le mari, détenteur de la puissance paternelle et donc chef de la famille⁸⁴ ».

Nous avons cherché à démontrer, dans la première section, que les discours naturalistes habitent autant les discours des

79. Réjane LABERGE-COLAS, « L'incapacité de la femme mariée », (1963) 23 *R. du B.* 575, 578.

80. *Id.*

81. À titre d'exemple : M. BEAULIEU, préc., note 57.

82. K. HÉBERT, préc., note 78; Yolande COHEN et Hubert VILLENEUVE, « La Fédération nationale Saint-Jean Baptiste, le droit de vote et l'avancement du statut civique et politique des femmes au Québec », (2013) 46 *Histoire sociale* 121; Y. COHEN et Ch. MAILLÉ, préc., note 12.

83. J. PINEAU, préc., note 62, 213.

84. J.-L. BAUDOUIN, préc., note 70, 403 et 404.

femmes que ceux des hommes, mais dans des directions complètement opposées : pour les unes, la complémentarité s'avère un argument d'égalité, alors que pour les autres elle justifie une hiérarchie familiale au profit des hommes. Autre fait intéressant, tandis que les arguments naturalistes perdent de leur popularité chez les féministes après la Seconde Guerre mondiale, ils continuent d'alimenter le discours des juristes et de justifier des choix législatifs au cours des années 60.

B. Le nationalisme catholique et l'intégrité du droit civil : le respect des traditions et du modèle familial canadien-français

Dans cette deuxième section, nous souhaitons mettre en avant les forts liens qui existent entre la condition juridique des femmes mariées au Québec et l'identité nationale. Autant dans les discours des féministes que dans ceux des juristes, on observe que cette identité nationale est fortement attachée à la religion catholique et aux spécificités canadiennes-françaises qui distinguent le Québec du reste du Canada. Cette attache à la tradition française s'observe manifestement en droit, étant donné la filiation entre le C.c.B.C. et le Code Napoléon⁸⁵.

Autour des débats sur la capacité juridique des femmes mariées, la religion catholique est plaidée pour justifier autant l'égalité des sexes que la hiérarchie. Ce type d'argumentaire reviendra fréquemment à travers les publications de *La Bonne Parole*, revue directement attachée à la Fédération nationale Saint-Jean-Baptiste. Marie Gérin-Lajoie, militante d'un féminisme souvent décrit comme chrétien⁸⁶, trouve dans ce courant la possibilité de lutter pour le droit des femmes, tout en respectant les préceptes de la religion catholique. Pour ces féministes, la charité chrétienne appelle d'urgence des changements dans la loi

85. Jean-Maurice BRISSON et Nicholas KASIRER, « La femme mariée et le Code civil du Bas Canada : une commune émancipation? », dans Patrick H. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 221.

86. M. BEAULIEU, préc., note 57, 7; Y. COHEN et H. VILLENEUVE, préc., note 82.

et l'émancipation des femmes mariées. Ainsi, Marie Gérin-Lajoie lance un appel au législateur sur la base de la tradition catholique :

Si les autorités publiques ne remédient pas par une législation immédiate à ces injustices criantes et qui sont perpétrées sous l'autorité de la loi, notre Province de Québec faillira à sa vocation chrétienne et au génie de ses traditions qui se sont sans cesse adaptées aux exigences de l'équité sous la poussée des événements extérieurs et qui rajeunissent perpétuellement la formule de la Justice dans le temps⁸⁷.

C'est aussi au nom de la charité, probablement chrétienne, que Marie Gérin-Lajoie lance ce vibrant appel aux membres de la commission Dorion, en 1930, juste avant la création des biens réservés : « Qu'attendons-nous pour nous élever à une expression de la charité et de la justice que des peuples moins religieux que le nôtre ont su découvrir⁸⁸ »?

Une certaine ambivalence semble pourtant régner dans les idées de Marie Gérin-Lajoie. La religion chrétienne impose un modèle familial fort fondé sur un père pourvoyeur et une mère aimante qui se consacre au soin de ces enfants. La communauté de biens est d'ailleurs l'incarnation de cet idéal pour la féministe. Comme régime matrimonial, elle permet la fusion des intérêts des deux épous.es, dans un respect de la dignité du travail de chacun.e⁸⁹. Pourtant, cet idéal semble inatteignable au quotidien, constate Marie Gérin-Lajoie. C'est sur la base de ce constat qu'elle revendique du changement :

Si notre idéal d'un foyer bien ordonné persiste à faire de l'homme le soutien matériel de la famille, tandis que la

87. Marie GÉRIN-LAJOIE, « Plaidoirie de Mme Marie Gérin-Lajoie. Devant le Comité des Bills Publics, en faveur des amendements au Code Civil de la Province de Québec. », (1929) 18 *La Bonne Parole* 5, 6.

88. Marie GÉRIN-LAJOIE, « Plaidoyer de Madame Henri Gérin-Lajoie », (1930) 18 *La Bonne Parole* 7, 8.

89. M. GÉRIN-LAJOIE, « Sauvons nos lois françaises », préc., note 72.

femme en est le soutien moral; si la femme est mère avant d'être ouvrière; on ne saurait fermer les yeux cependant au nombre de femmes mariées qui, sous la poussée d'événements quelquefois bien douloureux, sont obligées de gagner leur vie⁹⁰.

Ainsi, lorsque le mari commet des vices, la structure d'alors de la communauté ne protège plus les familles.

Quelques années plus tard, on ressent davantage d'indignation chez les féministes chrétiennes. Elles n'hésitent pas à invoquer que le Dieu des catholiques a créé les hommes et les femmes comme des êtres égaux. C'est le grand message du Christ, explique Thaïs Lacoste-Frémont⁹¹. Dans ces conditions, demande-t-elle, « [e]st-ce digne de l'état du mariage chrétien que la femme subisse une déchéance civile en se mariant⁹² »?

Cette utilisation d'arguments religieux s'essoufflera chez les femmes après la Seconde Guerre mondiale. Populaires dans les articles de *La Bonne Parole*, ces arguments ne sont plus mentionnés par Thérèse Casgrain, Réjane Laberge-Colas ou dans le rapport d'Elizabeth C. Monk et Jacques Perrault, par exemple.

90. Marie GÉRIN-LAJOIE, « Sauvons nos lois françaises (suite) III : Administration des biens de la communauté! », (1927) 15 *La Bonne Parole* 3, 4.

91. Thaïs LACOSTE-FRÉMONT, *Premier cours donné au Cercle de l'Amicale de Jésus-Marie*, Sillery, 23 octobre 1947, p. 3.

92. Thaïs LACOSTE-FRÉMONT, *Troisième cours donné au Cercle de l'Amicale de Jésus-Marie*, Sillery, 27 novembre 1947, p. 26.

Pour ces féministes chrétiennes, l'identité nationale est intimement liée à la religion catholique. L'obtention de la capacité juridique devient un moyen de maintenir la spécificité des régimes matrimoniaux québécois. Le régime de la communauté de biens serait de moins en moins populaire chez les nouveaux couples québécois qui opteraient plutôt pour la séparation de biens. Cette dernière est vue par Marie Gérin-Lajoie comme une intrusion par le système anglais dans le droit civil québécois. Voici ce qu'elle écrit dans *La Bonne Parole* :

Notre législation matrimoniale qu'il faudrait mettre à date comme je l'ai fait voir à plusieurs reprises, menace ruine par ses anachronismes et c'est ici le cas de dire que la lettre a tué l'esprit. La Communauté Légale qui constitue un des plus beaux monuments de la législation française tombe en désuétude dans notre province au point que quelques-uns voudraient lui substituer comme régime commun : la Séparation de Biens. Et les voix qui réclament cette transfusion de la pensée anglaise dans nos lois ne sont pas comme on pourrait le croire d'origine saxonne. Nous devons prévenir ces surprises de l'avenir qui nous réduiraient un jour à rompre avec nos meilleures traditions et à tarir chez nous la source de l'inspiration française. Pour bien comprendre dans quel sens nos lois doivent évoluer, tournons nos regards vers la France et suivons les progrès de sa législation; au besoin, devançons-la⁹³!

Si les femmes voient leur autonomie assurée sous le régime de la communauté de biens, nul doute que ce régime reprendra de la vigueur et l'identité canadienne-française se verra ainsi protégée, espère la présidente de la Fédération nationale Saint-Jean-Baptiste. De plus, les féministes n'oublient pas que la France a procédé à d'importants changements concernant la capacité juridique de la femme mariée. Rendre les femmes capables, comme l'a fait la France, n'est donc pas en opposition avec la tradition, mais

93. M. GÉRIN-LAJOIE, « Sauvons nos lois françaises (suite) IV : Conclusion », préc., note 72, 3.

représente simplement une vision adaptée du droit civil aux changements sociaux.

Dans les textes sélectionnés chez les juristes hommes, rédigés pendant la période 1964-1966, l'utilisation d'arguments catholiques s'est beaucoup raréfiée. Pourtant, on trouve encore, au moins chez un auteur choisi, une invocation du discours religieux pour justifier la structure légale de la famille. La tradition catholique sert ici à légitimer l'autorité paternelle. Comme on le comprend de cette citation de Jean Pineau, le spectre du communisme n'est pas loin et s'oppose à la chrétienté. Le communisme, en instaurant l'égalité entre les sexes, détruit l'idée même de famille. Jean Pineau défend au contraire le modèle de la bonne famille chrétienne : « Cela signifie que seules deux conceptions sont pleinement logiques : la conception chrétienne qui reconnaît le principe de l'autorité et fait du mari le chef de la famille, et la conception marxiste qui établit une égalité parfaite entre les époux, détruisant ainsi la notion même de famille⁹⁴ ».

Deux visions s'opposent donc autour de l'identité québécoise. Les années 60 au Québec sont le théâtre d'importantes luttes nationalistes. Des changements au droit civil sont interprétés comme une atteinte à son intégrité par certains juristes⁹⁵. La sauvegarde du Code civil devient alors un argument pour protéger la spécificité canadienne-française de l'envahisseur anglophone, en l'occurrence le reste du Canada. En effet, la condition juridique des Anglaises et des Canadiennes anglophones avait considérablement changé avec l'adoption de la *Married Women Property Act*, en 1882, en Grande-Bretagne. Les règles de common law s'étaient adaptées. Les femmes mariées dans les provinces anglophones du Canada, où le régime légal était la séparation de biens, jouissaient d'une liberté beaucoup plus grande que leurs consœurs québécoises. Ici l'analyse de Micheline Dumont et du Collectif Clio, en

94. J. PINEAU, préc., note 62, 222.

95. Sylvio NORMAND, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil », (1986) 32 R.D. McGill 559.

introduction de leur chapitre IV sur la période 1900-1940, est particulièrement éclairante :

Les débats qui s'amorcent autour du rôle de la femme mettent en évidence l'ambivalence de la société à l'égard des transformations de la vie et de celles qu'on surnommait les « gardiennes de la race ». Le mouvement nationaliste contribue à accentuer ce processus. En effet, le discours des élites politiques et religieuses a contribué à piéger les femmes qui se voyaient enfermées dans la nécessité nationale de leur subordination, leurs droits civils et politiques étant moins avancés que ceux de leurs sœurs canadiennes⁹⁶.

L'émancipation de la femme mariée et l'obtention de la pleine capacité juridique deviennent pour les civilistes nationalistes une forme d'assimilation de la culture francophone. La subordination des femmes se transforme en nécessité pour préserver l'identité nationale. Son émancipation équivaldrait à une trahison à l'intégrité du droit civil.

Cette idée est le plus clairement exprimée par Louis Baudouin, père de Jean-Louis Baudouin. Le texte du père n'a pas été retenu dans notre analyse générale, puisqu'il ne porte pas précisément sur la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, loi spéciale de 1964. Cependant, il illustre très bien ce que représente la spécificité d'avoir un droit codifié au Québec. Un droit qui forme un tout cohérent, et pour lequel, l'adoption de lois spéciales représente toujours un risque d'incompatibilité. Pour Louis Baudouin, ces lois spéciales en marge du C.c.B.C. sont « plus ou moins hâtivement adoptées pour calmer les impatiences

96. M. DUMONT et Le COLLECTIF CLIO, préc., note 25, p. 257. Il existe une riche littérature féministe qui analyse le rapport entre femme et nationalisme au Québec. À titre d'exemple : Diane LAMOUREUX, *L'amère patrie. Féminisme et nationalisme dans le Québec contemporain*, Montréal, Éditions du Remue-ménage, 2001; Micheline DUMONT, « L'histoire nationale peut-elle intégrer la réflexion féministe sur l'histoire? », dans Robert COMEAU et Bernard DIONNE (dir.), *À propos de l'histoire nationale*, Sillery, Septentrion, 1998, p. 19.

politiques et sociales, ou colmater les vides législatifs trop importants⁹⁷ ». Ainsi, quoique les raisons qui ont poussé l'adoption de ces lois spéciales puissent être légitimes, elles sont toujours entachées d'un « vice fondamental⁹⁸ » dû à leur libellé, puisqu'elles sont en grande majorité dépourvues d'universalité, car elles ne cherchent qu'à résoudre des séries de cas ou de situations particulières; en cela elles ressemblent étrangement à des statuts anglais⁹⁹ ». En fait, selon Louis Baudouin, ces lois spéciales représentent un réel risque : « dans un pays comme le Québec qui jouit d'un système de droit privé autonome par rapport à l'ensemble du pays, l'apparition de ces lois est des plus dangereuses pour la survie du Code civil, de son esprit et de sa méthode d'interprétation¹⁰⁰ ».

Sans explicitement faire de référence à l'intégrité, l'idée que le législateur s'est retrouvé pressé, parfois même par « des idées pseudo-féministes¹⁰¹ », est commune chez plusieurs auteurs juristes retenus pour notre analyse. Le plus gros enjeu est la difficulté d'interpréter cette loi spéciale au regard des régimes matrimoniaux déjà en place dans le Code civil. C'est pourquoi Roger Comtois regrette l'empressement du législateur à adopter des mesures qui modifient partiellement des régimes en place. Son argumentaire témoigne d'un profond désaccord : non seulement cet empressement est peu compatible avec la structure de l'époque du droit civil et en complexifie l'interprétation, mais surtout cette nouvelle loi nuit aux hommes. De nombreux époux mariés ont choisi la communauté de biens en sachant qu'ils allaient en être le chef et ils voient finalement cette position déstabilisée légalement par la nouvelle capacité de leur épouse. Plus encore, ces changements non souhaités par plusieurs hommes risquent de

97. Louis BAUDOUIN, « De certaines réformes nécessaires du droit québécois », (1967) 2 *Ottawa L. Rev.* 363, 363.

98. *Id.*, 364.

99. *Id.*

100. *Id.*

101. Ernest CAPARROS, « Antithèses et synthèse des régimes matrimoniaux », (1965) 7 *C. de D.* 289, 291.

nuire davantage à la communauté de biens que d'en faire la promotion :

Les commentaires et critiques qui vont suivre démontrent clairement, à notre avis, qu'il n'est pas facile d'adopter des réformes partielles sans affecter tout un système. Les amendements adoptés bouleversent considérablement les droits du mari sur les biens de la communauté, notamment. Le mari qui avait librement adhéré à la communauté légale, comme elle existait à l'époque de son mariage, n'était-il pas en droit de croire que les pouvoirs que lui conférait alors le régime allaient subsister? N'aurait-il pas préféré exécuter un contrat de mariage stipulant séparation de biens s'il avait su que, un jour, ses droits d'administrateur et de chef de la communauté allaient être limités? Alors que la femme a les pouvoirs les plus complets sur ses biens réservés – biens qui font pourtant partie de la communauté – le mari, lui, ne peut plus disposer en toute liberté de biens qui proviennent effectivement du produit de son salaire, au même titre que les biens réservés, pour la femme. Ces changements à la législation ne contribueront certainement pas à rendre la communauté de biens populaire^{102!}

Jean Pineau rejette la faute de cet empressement du législateur sur des pressions « par les ligues féministes soucieuses de voir érigée en droit l'autorité de fait de la femme¹⁰³ » et une volonté « de plaire à l'électorat¹⁰⁴ ». Pourtant, selon lui, « il est difficile et dangereux de légiférer par “petits morceaux”, de procéder par tranches, sans avoir présente à l'esprit une ligne directrice qui domine la construction d'ensemble¹⁰⁵ ».

Pour éviter ces imbroglios, il aurait été préférable d'attendre la réforme complète des régimes matrimoniaux, qui sera en vigueur six ans plus tard. C'est ce que souligne Jean-Louis

102. Roger COMTOIS, « Commentaires sur la "Loi sur la capacité juridique de la femme mariée" (Bill 16) », (1964) 67 *R. du N.* 103, 116.

103. J. PINEAU, préc., note 62, 208.

104. *Id.*, 216.

105. *Id.*

Baudouin : « Plus grave est peut-être le fait que cette loi ne fait pas partie d'un projet d'ensemble réformant le droit de la famille au complet et surtout la puissance paternelle et les régimes matrimoniaux¹⁰⁶ ». Ernest Caparros conclut lui aussi de cette manière : « Pourtant, on pouvait connaître les effets néfastes des réformes fragmentaires, dans d'autres pays¹⁰⁷ ».

La forte idéologie nationaliste et chrétienne qui caractérise la vie au Québec avant la Révolution tranquille influence à la fois les discours pour l'émancipation des femmes et ceux qui plaident pour le maintien d'une hiérarchie au bénéfice du chef de la famille. Concrètement, on observe que si sans surprise le discours des non-juristes emprunte à différentes rationalités extérieures à la discipline du droit, celui des juristes est influencé de la même manière par les idées populaires de l'époque. Sous des argumentaires déguisés par la technique juridique, dans le cas présent, la difficile compatibilité des lois spéciales avec le Code civil, les juristes défendent des idéaux politiques.

C. La disparition du devoir d'obéissance : vers une augmentation de l'intervention judiciaire et la montée d'un individualisme féminin

Après la lecture de l'ensemble des textes choisis, nous avons fait un curieux constat. Les juristes, de manière unanime, étaient très inquiets de l'intrusion des tribunaux dans la vie familiale qui allait nécessairement advenir si les femmes obtenaient une voix égale à celle de leur mari. En effet, comment trancher autrement un litige si la voix d'aucun.e des deux conjoint.es n'a préséance? De manière étrange, non seulement cette inquiétude ne traversait pas du tout le discours des femmes, mais plus encore celles-ci n'abordaient que très rarement la question du rôle des tribunaux. Cette potentielle présence accrue des juges ne semblait nullement les concerner. Comment expliquer cet important écart de position? Avant de pouvoir répondre à cette question,

106. J.-L. BAUDOUIN, préc., note 70, 413.

107. E. CAPARROS, préc., note 101, 305.

examinons d'abord le discours des juristes. Nous observerons ensuite qu'à de rares moments les femmes discutent rapidement du rôle des juges dans leur vie.

Nous déduisons du discours des juristes que nous avons sélectionnés que la nouvelle position donnée par le législateur à l'épouse – en raison de l'adoption de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée* – vient modifier en profondeur la structure familiale. En effet, la nouvelle rédaction de l'article 174 C.c.B.C. risque de semer une grande confusion. Avant 1964, cet article se lisait ainsi : « Le mari doit protection à sa femme; la femme obéissance à mari. » Le législateur établissait ainsi clairement l'autorité de l'époux sur son épouse et faisait du premier le chef de la famille. C'est sur la base de cette figure toute-puissante de l'époux que s'étaient construits le droit familial et la justification des importants pouvoirs du mari sur sa femme, autant en communauté de biens qu'en séparation de biens. La toute-puissance supposait que l'époux seul était capable de prendre toutes les décisions concernant la direction de la famille et que ces dernières étaient, dans une grande majorité de situations, pratiquement et juridiquement incontestables devant les tribunaux.

Le *bill* 16 viendra changer ce principe jusqu'alors fondamental du droit familial québécois, en abolissant le devoir d'obéissance de l'épouse. L'article 174 se lira dorénavant ainsi :

La femme concourt avec le mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à préparer leur établissement.

La femme exerce seule ces fonctions lorsque le mari est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause.

Non seulement ce nouvel article abolit le devoir d'obéissance de l'épouse mais en plus, contrairement à son homologue français (l'article 213 du Code civil français), il ne rappelle pas explicitement le rôle de chef de famille de l'époux.

Le risque envisagé par les juristes à propos de cette nouvelle égalité de l'épouse est la création d'une « société maritale bicéphale¹⁰⁸ », d'une « famille [...] devenue bicéphale¹⁰⁹ » qui pourrait mettre en péril l'« unité de direction dans le ménage¹¹⁰ ». En l'absence de cette unité, les familles n'auront d'autre choix que de faire trancher les litiges par le ou la juge. C'est en effet la conclusion à laquelle arrive Jean-Louis Baudouin :

Le législateur en donnant ce rôle effectif à la femme mariée, tantôt à titre d'associée tantôt à titre de représentante, tantôt à titre de suppléante du mari, a su éviter l'écueil d'une société à part égale entre les époux. La puissance maritale traditionnelle a certes été abolie, mais il subsiste un rapport très net d'autorité en faveur du mari vis-à-vis de sa femme et également des enfants (puissance paternelle cette fois). Ce rapport d'autorité est cependant basé sur l'intérêt de la famille et non plus sur l'intérêt exclusif et omnipotent du mari justifié par on ne sait trop quel droit naturel. Mettre la femme mariée sur un pied d'égalité absolue avec le mari aurait peut-être été, dans les circonstances présentes et dans l'état actuel de notre droit, une faute caractérisée même s'il représente le système idéal. Le mieux eut été l'ennemi du bien. Investir la femme d'une autorité semblable à celle du mari eut été courir un grand risque d'anarchie dans la direction du ménage et sacrifier inutilement à son unité. En effet, la suppression totale de l'autorité du mari comme chef de famille aurait pu être une source active de conflits dans les décisions à prendre et par voie de conséquence aurait favorisé l'intrusion non souhaitable des tribunaux et de la justice dans la vie du ménage¹¹¹.

Dans cette citation, les mots sont significatifs. Jean-Louis Baudouin craint l'« anarchie » qui pourrait résulter d'une position égalitaire de l'épouse avec celle de son époux. Quoique le juriste estime que cette distribution des rôles égalitaires soit un « idéal »,

108. J.-L. BAUDOUIN, préc., note 70, 401.

109. J. PINEAU, préc., note 62, 205.

110. J.-L. BAUDOUIN, préc., note 70, 401.

111. *Id.*, 405.

il juge que la forme du droit actuel ne permet pas cette égalité. L'égalité entre les époux mènerait ainsi à une « intrusion » des tribunaux dans la vie des familles. Il félicite donc le législateur de ne pas s'être montré trop empressé.

La peur d'une anarchie familiale hante également Jean Pineau. En cas de mésentente, deux individus égaux devront demander à un tribunal de trancher. Un conflit de droit familial qui se réglerait devant les tribunaux risquerait de briser les liens légaux de la famille. Voici ce qu'explique ce juriste : « Or, il est évident que, le plus souvent, l'intervention du juge n'est pas souhaitable dans le règlement des querelles familiales; si l'un des époux fait appel au juge, n'est-ce pas s'acheminer vers le divorce ou la séparation de corps¹¹² »? C'est pourquoi, pour éviter la rupture « [n]'est-il pas souhaitable, au contraire, que l'un des époux sache à l'avance qu'il devra s'incliner s'il ne parvient pas à convaincre son conjoint¹¹³ »? Évidemment, cet époux qui « devra s'incliner » est en fait une épouse. Ernest Caparros croit lui aussi que l'intervention des tribunaux dans les affaires familiales mènera presque nécessairement à « une rupture ou [à] une dissociation de la famille elle-même¹¹⁴ ».

Les juristes manquent ici grandement de précision en invoquant comme une nouveauté l'intervention des tribunaux dans les affaires de famille. Tout d'abord, l'égalité n'est pas atteinte. En effet, comme le défend Germain Brière, « le *bill* 16 ne relève pas la femme de l'obligation de s'incliner devant les décisions de son mari¹¹⁵ ». Une telle appréhension relativement à l'action des tribunaux est difficilement justifiable au regard du simple contenu du *bill* 16. Ces inquiétudes semblent donc révélatrices d'un malaise plus profond. À vrai dire, l'intervention judiciaire n'a strictement rien de novateur, puisque des recours étaient prévus dans le C.c.B.C., notamment pour assurer une certaine protection des épouses par rapport aux pouvoirs presque

112. J. PINEAU, préc., note 62, 216.

113. *Id.*, 216 et 217.

114. E. CAPARROS, préc., note 101, 305.

115. G. BRIÈRE, préc., note 65, 9.

illimités de leur mari. Par exemple, si elle n'avait pas obtenu l'autorisation de son époux pour ester en justice, l'épouse pouvait en faire la demande directement devant le tribunal¹¹⁶. D'ailleurs, le *bill* 16 continue de prévoir certains recours pour l'épouse contre un trop puissant arbitraire de l'époux, notamment en ce qui concerne le choix exclusif du mari pour le domicile¹¹⁷. Apparemment sûr que les hommes prendront la grande majorité du temps des décisions dans l'intérêt de la famille, Jean-Louis Baudouin approuve cette protection ultime des tribunaux :

Lorsque la résidence choisie par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou moral, la femme peut être autorisée par le juge à avoir une autre résidence séparée pour elle et ses enfants. C'est éviter la terrible alternative qui existait avant pour la femme d'avoir à continuer une cohabitation malsaine ou d'avoir à demander la séparation de corps¹¹⁸.

Ainsi, la nouveauté et surtout le problème ne tiennent pas tant dans le fait que les juges pourront s'immiscer dans les affaires de famille, mais plutôt dans celui que ces nouveaux recours seraient le signe que la puissance maritale et paternelle s'effrite. En effet, l'égalité entre les conjoint.es suppose que l'opinion d'aucun.e des deux n'a prépondérance sur l'autre. Si cette situation était normale pour les femmes, conditionnées à effacer leurs besoins personnels au bénéfice de ceux de leur mari et de leurs enfants, cette situation est bel et bien nouvelle pour les hommes mariés. Leurs intérêts personnels n'ont jamais été qualifiés de cette manière en droit pour avoir toujours été confondus légalement avec ceux de la famille. C'est donc bel et bien de la fin de l'autorité masculine qu'il est question ici et non pas de la simple intervention potentielle des juges dans les familles.

116. Art. 176-178 C.c.B.C. (certaines exceptions existent pour la femme séparée de biens).

117. Art. 175 C.c.B.C. (à partir de 1964).

118. J.-L. BAUDOUIN, *préc.*, note 70, 403.

Claude Lombois, bien qu'il appuie la thèse jusqu'ici défendue par la doctrine québécoise¹¹⁹, apporte une explication supplémentaire à la disparition du devoir d'obéissance de l'épouse. Cette absence du nouvel article 174 C.c.B.C. est porteuse de l'idée de liberté « individuelle » de la femme. La nécessité de concilier la liberté de l'épouse transforme également le rôle de l'époux dans la famille : « Du même coup, l'intervention du mari quand elle paraît nécessaire change également de sens : il n'est plus le protecteur de sa femme, il n'est plus que le représentant de l'intérêt du ménage qu'il faut concilier avec la liberté individuelle à reconnaître de l'épouse¹²⁰ ».

Dans les propos de Claude Lombois, cette nouvelle liberté a deux caractéristiques principales : d'abord, elle est individuelle puisqu'elle représente une opposition potentielle aux intérêts de la famille; ensuite, elle ne concerne que l'épouse. En d'autres termes, si les intérêts de l'époux se confondent aisément avec ceux de la famille, ceux de l'épouse lui seraient extérieurs. Seuls les intérêts de cette dernière pourraient s'opposer ou même nuire aux intérêts de la famille, selon cet auteur.

L'idée que la femme est un individu au sein de la famille et que sa nouvelle capacité encourage cette individualité n'est pas exclusive à Claude Lombois. En effet, Jean Pineau cite les paroles de Jean Carbonnier pour expliquer le nouveau rôle du mari. Il demeure le chef de la famille parce que ce statut est une nécessité pour assurer l'unité de la famille. Cependant, avec la nouvelle capacité juridique reconnue à l'épouse, ce chef ne peut plus « absorber » la personnalité de son épouse et doit respecter ses libertés individuelles :

[L'autorité de l'époux] ne peut pas limiter les droits de la femme, qui ont le caractère de libertés individuelles, ce que M. Carbonnier illustre par la formule "même lit, rêves différents", ou le caractère de relations interpersonnelles. Mais tout groupement a besoin d'une unité de direction

119. C. LOMBOIS, préc., note 66, 525.

120. *Id.*, 479.

qui seule parviendra à lui donner une certaine impulsion et évitera que le sens des responsabilités ne s'émousse¹²¹.

La femme pouvait donc dorénavant exprimer ses « besoins individuels », lesquels étaient tout de même contenus par l'autorité du mari.

Jean Pineau, quant à lui, s'inquiète même d'« une impuissance maritale¹²² » devant ces changements législatifs, alors que Claude Lombois, devant la responsabilité qui pourrait incomber à l'époux de la femme commerçante, estime que « la situation du mari n'est pas enviable¹²³ ».

Pendant que les inquiétudes se multiplient dans le discours des juristes, il n'y a aucun commentaire du côté des femmes à propos de cette nouvelle individualité, ni à propos d'une intrusion des juges dans la vie familiale. Nous proposons une explication toute simple à ces importantes différences dans le discours. La présence des juges n'a absolument rien de nouveau dans la vie des femmes. Certains recours étaient prévus dans le C.c.B.C. pour accorder des pouvoirs spécifiques à l'épouse, notamment le droit d'ester en justice. Sans que des recours aient été expressément prévus dans le C.c.B.C. pour contrer explicitement la puissance maritale, Réjane Laberge-Colas constate que des juges auront parfois utilisé leurs pouvoirs pour adoucir les effets les plus démodés de la loi :

Il faut reconnaître que les tribunaux ont joué un grand rôle dans le « contrôle » juridictionnel des puissances familiales, et en particulier de la puissance maritale, en imposant au mari l'obligation d'user de ses pouvoirs dans les intérêts du ménage et sans abus [...] il était nécessaire qu'une telle ingérence intervînt, car les principes contenus dans ces articles [art. 174 et 175 C.c.B.C.] ne sont plus en

121. J. PINEAU, préc., note 62, 222 et 223.

122. *Id.*, 205.

123. C. LOMBOIS, préc., note 69, 116.

accord avec les mœurs et semblent une injure aux femmes mariées¹²⁴.

Si les tribunaux ont parfois corrigé des injustices flagrantes à l'endroit des femmes, il ne faut pas non plus croire que tous les juges ont défendu les intérêts de ces dernières. Les juges ont le devoir d'appliquer un droit civil nettement injuste pour les femmes. De plus, on peut aisément imaginer que de nombreux membres de la magistrature partageaient les valeurs patriarcales de l'époque et contribuaient au maintien de la hiérarchie familiale, tel que cela était prévu dans la loi.

À cet égard, Marie Gérin-Lajoie utilise à plusieurs reprises en exemple une décision de la Cour d'appel du 25 octobre 1922 qui, s'appuyant sur la loi, autorise l'époux à retirer à la banque le salaire de l'épouse sans aucune autorisation. Ainsi, elle écrit :

En vertu du pouvoir que possède actuellement le mari, comme chef de la communauté, il peut prendre possession du salaire gagné par sa femme, il a le droit d'aller le quêrir, d'en disposer selon son bon plaisir, de le dissiper, de le boire et de l'employer pour toute autre fin que celle du ménage. Le droit du mari sur le salaire de sa femme a été fixé par la jurisprudence dans la cause de Bonin contre la Banque d'Épargnes, Dame Rondeau mise en cause¹²⁵.

Cette décision sera un argument majeur pour les féministes d'avant 1931 afin de militer en faveur de la création des biens réservés.

Elizabeth C. Monk et Jacques Perrault n'hésiteront pas non plus à dénoncer des abus flagrants commis devant les tribunaux et qui représentent des reculs pour les femmes¹²⁶.

124. R. LABERGE-COLAS, préc., note 79, 580.

125. M. GÉRIN-LAJOIE, préc., note 87, 6.

126. Elizabeth C. MONK et Jacques PERRAULT, *Mémoire relatif à la capacité légale de la femme mariée suivant les lois de la province de Québec et aux amendements que la législature devrait y apporter*, 1947, p. 5.

On observe ici clairement que dépendamment de la position structurelle des auteur.es, à titre d'hommes ou de femmes, leur compréhension des enjeux juridiques peut être complètement opposée. La position des juristes représente ici un point de vue nettement situé dans la position de la classe des hommes. L'intrusion du juge dans les affaires familiales est en effet un phénomène banal et ancien. Depuis longtemps, les tribunaux interviennent dans la vie des femmes. C'est donc l'ébranlement de la force de l'autorité du mari qui inquiète les juristes, davantage qu'une réelle intrusion des juges dans la vie familiale.

D. Des observations sociologiques féministes : l'inadéquation entre les effets concrets du droit écrit et les objectifs de protection des femmes par le législateur

Alors que, dans les trois sections précédentes, nous avons insisté sur des préoccupations communes aux deux groupes d'auteurs.es, malgré des utilisations distinctes, nous chercherons dans les deux prochaines sections à pointer des spécificités rhétoriques propres à chacun des groupes. En effet, dans les textes choisis, certains types d'argumentaires sont davantage utilisés par les femmes, alors que d'autres se trouvent plus fréquemment chez les hommes.

Nous examinons donc dans la quatrième section ce que nous considérons comme une spécificité de l'argumentaire militant féministe. Nous identifions cet argument comme étant de type sociologique, puisqu'il repose principalement sur un examen des effets du droit civil¹²⁷. Essentiellement, les militantes dénoncent haut et fort le décalage entre le droit tel qu'il est écrit et la vie quotidienne des femmes. Ce décalage se situe à au moins trois niveaux. Le premier est de nature historique, puisque les militantes signalent que la forme actuelle du droit est ancienne et inadaptée à la vie des femmes mariées au Québec.

127. Sur la notion d'effectivité, voir Guy ROCHER, « L'effectivité du droit », dans Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JENDA et Guy ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 133.

Les militant.es rappellent tout d'abord que cette conception du droit et de la famille est extrêmement datée. Ainsi, Elizabeth C. Monk et Jacques Perrault écrivent ce qui suit dans leur rapport :

Comme résultat, l'héritage précieux de nos lois civiles est considéré par plusieurs comme arriéré et réactionnaire, parce que dans ce domaine, il n'y a pas eu d'évolution entre les dix-neuvième et vingtième siècles.

En effet, il est à noter que sur ce point [l'incapacité de la femme mariée], nous sommes confinés dans des conceptions remontant à plus de vingt siècles. L'influence du droit romain dans la genèse de ces dispositions donnait au *pater familias* un pouvoir absolu, en principe, sur les personnes et les biens de la famille dont il était le chef¹²⁸.

Pour Réjane Laberge-Colas, cet archaïsme nuit carrément à la stabilité du système de justice québécois. Les tribunaux tentent de pallier les trop grandes injustices certes, mais ils doivent tout de même juger en fonction de principes complètement dépassés :

Notre Code civil craque de toutes parts. Les faits démontrent de façon éclatante que plusieurs de ses articles sont devenus lettre morte et notre jurisprudence donne des signes que les magistrats sont à bout de souffle tant ils sont forcés de faire de la corde raide avec des principes inadaptés aux conditions contemporaines¹²⁹.

Réjane Laberge-Colas va plus loin encore, en expliquant que les réformes à venir sont elles-mêmes déjà dépassées et que le législateur québécois n'aura d'autre choix que de revoir l'ensemble des régimes matrimoniaux. Elle écrit à ce propos : « Au lieu de suivre le mouvement, il serait plus sage de le précéder, de lui donner des cadres juridiques utiles et non de se contenter de les contenir dans des formes étriquées et déjà inadaptées lors de leur adoption¹³⁰ ».

128. E.C. MONK et J. PERRAULT, préc., note 126, p. 2.

129. R. LABERGE-COLAS, préc., note 79, 578.

130. *Id.*, 588.

Finalement, et nous l'avions vu dans la section III. B., ce décalage historique nuit à la popularité de la communauté de biens, selon Marie Gérin-Lajoie. Une mise à jour du régime permettrait de lui assurer une renaissance.

Au deuxième niveau d'analyse, les féministes constatent que la forme archaïque du droit le rend inefficace à protéger les femmes mariées dans leur quotidienneté. Pionnières en matière de sociologie juridique, elles n'hésitent pas à s'appuyer sur des exemples concrets et des anecdotes pour démontrer que le droit civil provoque de réelles injustices à l'endroit des femmes, notamment les plus pauvres et les ouvrières comme l'expliquera Marie Gérin-Lajoie. L'écart constaté entre le droit et la réalité quotidienne des femmes se révèle le point le plus marquant du discours des femmes. Il va sans dire que ce constat n'est pas exclusif aux militantes féministes. Certains auteurs que nous avons retenus, tels que Jean-Louis Baudouin¹³¹, le posent également. Cependant, dans l'argumentaire féministe, c'est un véritable fondement pour exiger des réformes législatives.

Les exemples sont ici nombreux. Nous en avons choisi trois qui nous semblent le mieux illustrer l'instinct sociologique des militantes féministes.

Notre premier exemple vient de Marie Gérin-Lajoie. Dans son article du mois d'octobre 1915, cette militante, alors en lutte

131. « Sur le plan sociologique d'autre part, il ne faisait plus aucun doute que l'ancienne législation sur l'incapacité de la femme mariée ne correspondait plus depuis fort longtemps à la réalité sociale » : J.-L. BAUDOUIN, préc., note 70, 396.

pour la création des biens réservés de l'épouse, expose tout d'abord la triste histoire d'une femme mariée en communauté de biens « à un homme indigne » qu'elle a dû abandonner. Durant 30 ans, cette dernière a travaillé pour gagner sa vie en étant au service d'une famille. Lorsque son mari réapparaît 40 ans après leur séparation, il vient réclamer sa part dans les revenus de son épouse, puisqu'il a droit à la moitié de la communauté. À la suite de cet exemple, Marie Gérin-Lajoie écrit avec poésie :

Cette plainte d'une sœur que la vie a broyée, je m'en fais ici l'écho. Vous toutes que ce récit émeut, croyez-vous qu'il suffise de gémir? Ne faut-il pas mettre la cognée à l'arbre, afin de l'émonder et d'en attacher les rameaux séculaires qui sont tombés en décrépitude. Ne faut-il pas remanier les textes du code, quand l'esprit de justice en est absent et ne les vivifie plus d'une sève généreuse. [...] cette loi est impuissante à protéger contre la convoitise du mari cette source nouvelle de revenus que notre temps apporte à la femme et qui s'appelle : son salaire. Le produit du travail de l'ouvrière, cette propriété sacrée et inviolable entre toutes, le mari aujourd'hui, a le droit de se l'approprier, d'en devenir le maître, à titre de chef de la communauté. Ce bien, il peut s'en servir pour activer ses débauches, pour en nourrir ses maîtresses, et pour en forger le glaive avec lequel il transperce chaque jour le cœur de son épouse¹³².

Notre deuxième exemple provient de Thérèse Casgrain : elle se sert de l'expérience des femmes pour faire ressortir des contradictions encouragées et même mises en place par le droit civil à leur égard. À ses yeux, il y a incohérence entre le discours de protection mis en avant par le législateur à l'endroit des femmes et les effets concrets des mesures adoptées. Elle s'insurge notamment contre la modification proposée en 1931 à l'article 1292 C.c.B.C. Avant 1931, le mari a parfaitement le droit de vendre, de donner

132. Marie GÉRIN-LAJOIE, « Le salaire de la femme mariée », (1915) 3 *La Bonne Parole* 3, 4.

ou autrement d'aliéner tous les biens meubles et immeubles de la communauté, à la condition que ces gestes soient accomplis sans fraude. En 1931, s'inspirant de l'article 1422 du Code Napoléon, le législateur modifiera cet article, afin que le mari doive dorénavant avoir le concours de son épouse s'il souhaite donner les immeubles de la communauté. Lucide, Thérèse Casgrain pressent déjà en 1929 la trop faible protection que représente ce changement :

Même l'insertion de l'article 1422 du Code Napoléon [...] ne nous semble pas une garantie suffisante pour la protection de la femme, car si les donations sous réserves d'usufruit sont interdites au mari, ce n'est pas bien gênant pour celui-ci de faire une vente fictive; cela se voit tous les jours. Et que risquent le vendeur et l'acheteur? Un procès de la part de l'épouse, et comme l'acheteur ne peut pas être condamné à restituer s'il était de bonne foi, et comme la bonne foi se présume toujours... la femme, en somme, n'est pas plus protégée¹³³.

L'article 1292 C.c.B.C. sera de nouveau modifié dans la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*. Dorénavant, le concours de l'épouse sera nécessaire pour toute forme d'aliénation d'un bien immeuble de la communauté.

Comme troisième et dernier exemple, nous utilisons cette autre citation de Thérèse Casgrain :

Dans notre province il faut bien le dire, les dispositions du Code civil à l'endroit de la femme ont fini par enraciner dans les esprits un préjugé qui me paraît, non seulement stupide, mais dangereux : c'est que le mari ne doit pas entretenir sa femme de ses affaires afin de ne pas troubler sa quiétude. Le résultat le plus net de cette omission systématique est que la veuve, ignorante du mécanisme des af-

133. Thérèse CASGRAIN, « Plaidoyer de Mme Pierre F. Casgrain. Présidente de la Ligue des droits de la femme », (1930) 18 *La Bonne Parole* 19, 20.

faïres, devient une victime facile pour les extorqueurs professionnels et les mauvais conseillers¹³⁴.

D'après Thérèse Casgrain, et cet argument est repris par Elizabeth C. Monk et Jacques Perrault¹³⁵, le droit civil se révèle ici complètement inapproprié pour protéger l'épouse et amplifie même sa vulnérabilité. C'est au moment où son mari décède que l'épouse est la plus démunie, puisqu'elle perd son « protecteur naturel¹³⁶ ». Le droit, en écartant l'épouse de tout le processus de gestion des biens familiaux durant le mariage, ne protège pas la femme mariée, mais la rend complètement inhabile à gérer les affaires. C'est durant la vie commune que l'épouse doit faire son apprentissage des enjeux financiers. Elle devrait donc être juridiquement capable tout au long de son mariage.

Pour ce qui est de notre troisième niveau d'analyse, il concerne un malaise encore plus profond. Le décalage entre la réalité et le droit n'est pas simplement dû à un problème d'interprétation ou de rédaction, mais il touche les fondements mêmes de la structure familiale en droit civil. Autrement dit, les féministes estiment que la structure familiale mise en avant par le législateur empêche textuellement l'égalité des sexes et que, par conséquent, elle contribue directement à maintenir les femmes mariées dans une position de subordination. Les femmes ne militent donc pas pour une meilleure application du droit, mais pour des transformations majeures des régimes matrimoniaux.

À cet égard, Irène Joly écrit ceci dans *La Bonne Parole* :

Toutes ces situations qui en résument bien d'autres démontrent combien la femme est mise dans un état d'infériorité. Nous voulons pour la femme une certaine étendue de pouvoirs. Si la femme est de compétence reconnue et a liberté absolue dans sa vie financière alors qu'elle est céli-

134. Thérèse CASGRAIN, « Les droits civils de la femme », (1942) 2 *R. du B.* 6, 6 et 7.

135. E.C. MONK et J. PERRAULT, préc., note 126, p. 3.

136. T. CASGRAIN, préc., note 134, 7.

bataire: si la même condition lui est créée quand elle devient veuve, pourquoi devient-elle incapable quand elle adopte l'état du mariage et qu'elle est forcée de par la loi à subir la décision du mari¹³⁷?

En fait, de nombreux.ses militant.es dénoncent le fait que c'est l'institution du mariage qui rend l'épouse incapable, les célibataires et les veuves étant considérées comme capables dans le droit civil. Thaïs Lacoste-Frémont s'insurge contre la mention expresse des femmes mariées comme incapables juridiquement au paragraphe 3 de l'article 986 C.c.B.C. (avant 1954), aux côtés des mineurs, des interdits et des aliénés :

Croyez-vous que les femmes mariées sont à leur place dans cette nomenclature? Encore une fois les femmes célibataires ont leurs droits civils et aussitôt devenue veuve la femme retrouve sa capacité civile. Est-ce digne de l'état du mariage chrétien que la femme subisse une déchéance civile en se mariant? Et ce statut de mineure qui est le sien a sa répercussion dans tout notre ordre social¹³⁸.

Cette dernière citation résume bien notre propos ici : les militantes qui souhaitent changer le droit civil sont révoltées des injustices que subissent les femmes mariées. Ces injustices sont flagrantes et quotidiennes. Elles menacent même la stabilité du système judiciaire. L'écart qui divise la vie sociale des femmes de leur capacité juridique officielle témoigne éloquemment de l'archaïsme du droit et de la nécessité de le changer. Le droit, dans la forme privilégiée par le législateur, se révèle inapproprié pour sauvegarder les intérêts des femmes mariées et contribue à les maintenir en situation d'infériorité. Cet argument s'avère fondamental dans les revendications féministes et traverse l'ensemble du discours des femmes.

137. I. JOLY, préc., note 74, 13.

138. T. LACOSTE-FRÉMONT, préc., note 92, p. 24.

E. La technique juridique pour gommer la hiérarchie familiale

Nous souhaitons présenter dans cette dernière section une spécificité du discours des juristes choisis. Alors que dans la section précédente nous avons analysé la manière dont les femmes utilisent des observations de nature sociologique pour dénoncer les injustices qu'elles subissent, nous réfléchirons maintenant à la façon dont les juristes que nous avons sélectionnés, auteurs de doctrine reconnue, se servent des outils mis à leur disposition par la discipline du droit pour soutenir la défense d'une certaine hiérarchie familiale nettement en faveur du mari.

Nous empruntons ici une partie de l'analyse effectuée par Danièle Lochak, à propos de la doctrine des juristes sous le régime de Vichy. L'idée n'étant bien évidemment pas de comparer la situation des femmes mariées du Québec à celle de la population juive sous le régime nazi. Seulement, son concept d'« effet d'euphémisation » décrit de manière appropriée une conséquence du mode d'écriture des juristes choisis. Lochak explique ainsi que de nombreux juristes, sous le régime de Vichy, n'ont ni explicitement refusé ni directement appuyé le régime antisémite. Cependant, la doctrine juridique française a réagi à ce nouveau cadre législatif en s'intéressant à ses modalités d'application, en réfléchissant sur les décisions jurisprudentielles, « mais en se plaçant toujours du seul point de vue de la technique et de la logique juridiques¹³⁹ ». Cette approche techniciste a eu pour résultat que les auteurs ont complètement perdu de vue les conséquences concrètes qu'ont eues ces mesures éminemment racistes et cruelles. Pour Danièle Lochak, ce « traitement purement formel et théorique des problèmes opère ainsi un effet de déréalisation [...] Et cette déréalisation des problèmes produit à son tour un effet d'euphémisation¹⁴⁰ ». En effet, les juristes français ont amplement

139. Danièle LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme » dans Danièle LOCHAK (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, p. 252, à la p. 260.

140. *Id.*, aux p. 260 et 261.

débatu des mesures juridiques antisémites, mais l'utilisation « de la logique juridique et [le fait de les appréhender] comme des problèmes de droit pur, [leur fait] perdre leur caractère palpable, brutal, et par là même déplaisant¹⁴¹ ».

Cette idée de Danièle Lochak nous semble utile. La technique juridique et la logique formelle, ici employées par les juristes québécois pour parler de la *Loi sur la capacité juridique des femmes mariées*, permettent de mettre une distance entre le droit civil tel qu'il est écrit et ses effets concrets sur la vie des femmes. Les juristes discutent abondamment de la question, mais en insistant sur la manière dont certains effets décrits socialement comme des inégalités sont en fait des questions de droit et non des choix législatifs discriminatoires à l'endroit des femmes. En d'autres termes, ces inégalités sexuelles que produit le droit civil perdent leur caractère inégalitaire, puisqu'elles deviennent des questions qui relèvent de la logique juridique. En qualifiant en droit civil certains phénomènes sociaux, c'est-à-dire en traduisant en concepts juridiques des réalités de la vie quotidienne, le droit enferme ces phénomènes dans une technique juridique complètement étrangère à ses conséquences concrètes. Ces concepts juridiques n'appréhendent qu'une petite partie du phénomène global visé, en l'occurrence l'organisation de la vie familiale et la distribution des pouvoirs de gestion des patrimoines. Cette portion isolée par le législateur, en étant détachée de son ensemble, perd alors son caractère hiérarchisant pour ne devenir qu'un simple élément qui relève d'une nécessité de la technique juridique. Un tel « procédé discursif¹⁴² » parvient ainsi à construire une distance apparente et cohérente pour les juristes entre la situation concrète des femmes et l'application du droit civil.

Pour bien étayer notre propos, nous utiliserons l'exemple de l'analyse explicite que produisent trois des auteurs retenus à propos de l'importante distinction à faire en droit positif entre la capacité juridique d'une personne et la distribution des pouvoirs de

141. *Id.*, à la p. 261.

142. *Id.*, à la p. 272.

gestions à l'intérieur de la famille. Dans cet argumentaire partagé, les deux enjeux deviennent totalement distincts, et ce, malgré leur fusion concrète dans la vie des femmes mariées.

Le C.c.B.C. établit un régime juridique très étrange et pratiquement incohérent à propos des femmes mariées. Jusqu'au 16 décembre 1954, la femme mariée est officiellement incapable en droit suivant l'article 986 C.c.B.C. À cette date, une loi vient supprimer la mention de l'épouse dans la catégorie des personnes juridiquement incapables¹⁴³. Cependant, la même loi contient également l'article 986a), lequel précise ceci : « La capacité de contracter des femmes mariées, comme leur capacité d'ester en justice, est déterminée par la loi. » Autrement dit, la femme mariée est dorénavant capable, mais cette capacité est complètement assujettie aux conditions énoncées dans le droit familial, à travers la structure des régimes primaires, par référence à la législation qui concerne tous les couples mariés, et secondaires, par référence au régime matrimonial choisi par le couple (séparation de biens ou communauté de biens). En bref, en raison de la structure du droit familial, cette modification législative est pratiquement sans effet. Le *bill* 16 de 1964 vient modifier partiellement le régime primaire du mariage et certains aspects des régimes matrimoniaux. Malgré ces modifications et une capacité juridique officielle, répétée à l'article 177 du *bill* 16, les femmes mariées demeurent concrètement incapables sur le plan juridique, en raison notamment de l'assujettissement de leur capacité aux régimes matrimoniaux. Le droit civil maintient donc la concentration des pouvoirs de décision et de gestion entre les mains de l'époux.

C'est relativement à ce régime fondamentalement injuste, extrêmement ambigu et pratiquement incohérent que les juristes que nous avons sélectionnés dans notre étude développent l'idée que la capacité juridique représente une notion légale complètement différente de celle des pouvoirs de gestion. La logique juridique sert alors à enterrer les effets concrets de la loi sur les

143. *Loi modifiant le Code civil, supra*, note 7.

femmes mariées. Ces effets sont d'autant plus marqués dans le cas des femmes mariées en communauté de biens.

La citation de Roger Comtois reproduite ci-dessous expose fort clairement l'argumentaire des juristes :

Mais on peut aussi soutenir que la femme commune a maintenant pleine capacité, si l'on ajoute que, sous la communauté, elle demeure généralement démunie de pouvoirs. C'est qu'en effet il y a une distinction qui nous paraît primordiale entre ces deux termes : capacité et pouvoir. Dans un régime communautaire, la capacité de la femme, dans son sens strict, existe. En effet, la femme a le droit de poser des actes sans avoir recours à l'autorisation maritale et judiciaire. La femme a sans doute la capacité d'exercice. Mais, cette capacité, théoriquement complète, ne donne pas pour autant à la femme le droit ou le pouvoir de faire des actes juridiques, car les biens de la communauté, d'une part, et, d'autre part, les propres des époux, demeurent affectés aux charges du ménage. C'est dire que la femme commune, pleinement capable en droit, n'en demeure pas moins démunie de pouvoirs, même sur ses propres, puisque le revenu de ses propres fait partie de la communauté [...] Bref, la femme commune est capable, mais elle n'a pas de pouvoirs. Et je crois qu'il n'y a rien de paradoxal dans cette proposition¹⁴⁴.

Jean-Louis Baudouin envisage également la question de la capacité et des pouvoirs comme deux problèmes distincts :

En donnant la capacité juridique à la femme mariée québécoise, la nouvelle loi a directement étendu sa participation à la direction morale et matérielle du ménage. Il faut à notre avis, féliciter sur ce point le législateur d'avoir eu tout le temps en vue l'intérêt primordial non des individus eux-mêmes, mais du ménage en entier c'est-à-dire des époux et des enfants. Il eut été facile par réaction contre l'ancien régime de tomber dans un excès contraire et de

144. Roger COMTOIS, « Les époux communs en biens depuis le *bill 16* », (1965) *Lois nouvelles* 31, 32.

supprimer en même temps que l'incapacité de la femme, le rôle du mari comme chef de famille. L'opération de réglage était délicate puisqu'il était aisé ici de confondre deux problèmes pourtant distincts et dont l'analyse individuelle révèle rapidement le peu d'affinités qu'ils ont entre eux¹⁴⁵.

Jean-Louis Baudouin clarifie ces deux problèmes un peu plus loin dans son texte :

Le pouvoir d'administration et d'aliénation des biens de la femme mariée peut être considérablement affecté par le choix qu'elle fait de son régime matrimonial. Il ne s'agit pas là, à proprement parler, de défaut de capacité juridique, mais seulement d'une limitation légale des pouvoirs d'exercer celle-ci pour des raisons d'intérêt supérieur tenant à l'unité du patrimoine matrimonial¹⁴⁶.

Germain Brière renchérit sur cette distinction lui aussi :

Or, à ce principe général de l'incapacité, le *bill* 16 a substitué le principe de la capacité. Il s'agit même, cette fois, non plus d'un principe général, mais d'un principe absolu [...] En d'autres termes l'ancienne incapacité serait complètement disparue.

Il est vrai que certains textes disposent encore que la femme commune en biens ne peut faire tel ou tel acte sans le consentement de son mari; mais on peut certainement soutenir qu'il ne s'agit pas là d'incapacités, mais de restrictions de pouvoirs découlant du régime communautaire¹⁴⁷.

Pourquoi insister autant sur cette distinction, même à l'intérieur de la logique juridique? Germain Brière explique qu'il y a un « intérêt pratique¹⁴⁸ » à distinguer la notion de capacité et celle de pouvoir. En effet, lorsque les femmes étaient juridique-

145. J.-L. BAUDOUIN, préc., note 70, 400 et 401.

146. *Id.*, 407 et 408.

147. G. BRIÈRE, préc., note 65, 16 et 17.

148. *Id.*, 17.

ment incapables, tout acte accompli sans le consentement du mari était frappé de nullité absolue. Sanction encore plus forte que pour d'autres incapables du droit civil, pour lesquels seule la nullité relative s'imposait. Dorénavant, la femme étant capable, la sanction ne serait plus la nullité absolue selon Germain Brière, mais plutôt l'inopposabilité de l'acte à l'endroit du mari et de la communauté, l'acte n'étant plus alors effacé de la vision du droit positif.

Ces nombreuses citations démontrent clairement que la logique juridique ne cherche pas seulement à assurer la cohérence du droit civil, mais qu'elle veut surtout maintenir en place une certaine structure familiale. Le cas de la capacité juridique comme concept distinct de celui des pouvoirs de gestion n'est qu'un exemple parmi tant d'autres des trésors d'imagination mis en avant par de nombreux juristes pour défendre et protéger la hiérarchie familiale. Nous aurions pu également utiliser d'autres exemples, tels que la réflexion entourant le nouveau statut de l'épouse (associée, représentante, suppléante du mari?), la nature du concours qu'elle doit offrir et surtout les conséquences à prévoir quant à l'absence de ce concours dans un acte¹⁴⁹ ou encore le fait que le choix du domicile repose exclusivement sur la volonté du mari¹⁵⁰.

Conclusion

Notre analyse nous permet d'apporter un éclairage nouveau sur la production de la connaissance, plus précisément de cette dernière telle qu'elle est reconnue par la discipline du droit moderne.

Nous exposons dans notre texte une première idée plus générale en matière de production de la connaissance, laquelle prend appui sur la convergence observée des argumentaires entre les femmes et les hommes, et ce, nonobstant leur engagement po-

149. Voir, par exemple, les articles 174 et 1292 C.c.B.C. (1964).

150. Art. 175 C.c.B.C. (1964).

litique. En effet, notre analyse fait ressortir que les deux principaux courants de pensée étudiés s'appuient sur des paradigmes communs¹⁵¹. Dans une perspective féministe matérialiste, il devient intéressant de réfléchir sur le contexte de production de ces paradigmes et sur leur relation avec le système de domination en place. À notre avis, d'autres études seraient nécessaires pour comprendre de manière plus détaillée la façon dont les paramètres mêmes du débat sont orchestrés par les structures sociales de la pensée, observables à une certaine époque. Plus encore, comment ces balises conceptuelles sont elles-mêmes le produit de certains rapports de domination. En d'autres termes, comment les systèmes de domination dictent-ils ou chapeautent-ils la production même des idées d'une certaine époque? Les individus et les groupes militants voient alors leurs revendications soumises à des catégories devenues obligatoires dans un certain ordre établi¹⁵². Cette façon d'envisager la production des idées est matérialiste, puisque les idées ne seraient pas le fruit d'une naissance spontanée et désengagée, mais émergeraient dans les limites établies par une certaine configuration historique des rapports de production en place, notamment ceux qui sont attachés au patriarcat, telle la division sexuelle du travail. La pensée devient alors une réalité matérielle, puisqu'elle est contingente d'une certaine organisation sociale, mais également nécessaire à la fois à la production et à la reproduction des rapports sociaux.

Plus concrètement en matière de connaissances juridiques, notre comparaison des discours féminins et masculins sur la condition juridique de la femme mariée permet de remettre en question la dichotomie traditionnelle en droit entre les savoirs doctrinaux et les savoirs plus militants, et ce, autour de trois éléments précis.

151. Thomas S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, éd. nouvelle, coll. « Champs », Paris, Flammarion, 2008.

152. Maria C. LUGONES et Elizabeth V. SPELMAN, « Have we Got a Theory for You! Feminist Theory, Cultural Imperialism and the Demand for "the Woman Voice" », (1983) 6 *Woman's Studies International Forum* 573.

Tout d'abord, notre comparaison permet de reconnaître une valeur aux connaissances produites par les femmes sur le droit. Nous l'avions déjà mentionné en introduction, le sens courant retenu dans la communauté juridique du mot « doctrine » centré autour de la figure et de la compétence du ou de la juriste, à la fois comme auteur.e et comme public, a eu pour effet d'exclure systématiquement les femmes de toute production scientifique sur le droit avant leur admission au Barreau. Avant 1941, il leur était absolument impossible d'atteindre ses exigences de compétence académique nécessaire à la production du savoir juridique. Pourtant, notre étude démontre bien leur profonde compréhension des phénomènes juridiques et le caractère avant-gardiste de leurs analyses sociologiques du droit positif. Malgré cela, les femmes étaient exclues comme auteures et comme public spécialisé. Cela ne signifie pas que le droit étatique et sa discipline ont complètement ignoré les femmes. Cependant, force est de constater que la place qu'elles ont occupée en droit civil a largement dépendu des avantages que tiraient les hommes d'une certaine structure familiale.

Ensuite, l'exclusion des femmes de la catégorie « doctrine » a des effets très concrets sur la construction du savoir juridique. Notons en particulier une dévalorisation systématique par la discipline du droit des savoirs des femmes mariées à propos de leur expérience concrète du droit civil et de leur condition juridique. C'est donc à partir du point de vue masculin que le droit familial s'est construit, tant dans la pratique que dans la théorie. Il faut ainsi constater qu'une catégorisation apparemment neutre, telle que la notion de « doctrine », qui touche l'organisation des savoirs, crée par le fait même une hiérarchisation de ces savoirs et en fait un outil d'exclusion. Quoique notre étude ait été concentrée sur la condition des femmes mariées, cette condition d'exclues n'est malheureusement pas l'apanage exclusif des femmes. Si notre recherche a été consacrée à ce groupe particulier, à partir d'un exemple précis, mais non unique, elle invite surtout à constater l'étroitesse du point de vue représenté par la doctrine en droit. L'absence d'écrits doctrinaux émanant des communautés autochtones, des groupes racisés et des tranches de la population les

plus pauvres, pour ne citer que ces exemples, gagnerait aussi à faire l'objet de recherche. Cette invisibilité renforce le préjugé voulant que le point de vue des dominants soit neutre et universel. Il devient alors le point de vue le plus volubile sur l'ensemble des questions de droit, alors que la voix des groupes marginalisés ne semble pertinente et légitime qu'à propos de questions dont les retombées sont directement visibles.

Enfin, l'analyse féministe permet de faire ressortir que l'engagement n'est pas en soi un motif d'exclusion de la catégorie doctrine. Il semble que ce soit plutôt la nature de l'engagement lui-même qui autorise ou non la transmutation d'un texte à caractère militant en doctrine juridique. Nous avons amplement démontré le caractère fortement idéologique des écrits des juristes sélectionnés. Leurs articles deviennent des exemples d'une écriture qui a pour fonction de donner de la légitimité¹⁵³ au maintien de la stabilité d'un système. En rendant légitime cette organisation de la famille, les juristes concourent à rendre normal un processus d'exclusion systématique des femmes d'un ensemble de droits¹⁵⁴. En cela, ils assurent également la continuité d'un système déjà en place. L'oppression des femmes en vertu du droit civil n'avait rien de nouveau en 1964, puisqu'elle remonte minimalement au Code Napoléon et à la Coutume de Paris.

De l'ensemble de notre analyse ressort peut-être une question toute simple : la doctrine juridique écrit-elle vraiment de la doctrine et si oui, pourquoi ne pas y inclure les auteures du début du ^{xx}e siècle? Poser la question, c'est peut-être y répondre comme nous l'a démontré cette comparaison.

153. Par analogie, D. LOCHAK, préc., note 139, à la p. 254.

154. *Id.*, à la p. 255.

KRYNEIN OU L'EMPREINTE DES CORPS À PROPOS DE LA PENSÉE CRITIQUE EN DROIT

par Mark ANTAKI*
Vincent FORRAY**

Le présent texte est la version enrichie d'une communication prononcée lors de la 6^{ème} Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques qui s'est tenue à l'Université Laval et portait sur la pensée critique en droit. Les auteurs tiennent à remercier les professeurs Azzaria et Makela pour les avoir invités, ainsi que l'ensemble des participants pour leurs remarques et questions.

La communication avait été conçue pour être un épilogue à la journée d'étude. Les auteurs ont choisi de s'interroger sur les formes qu'emprunte la pensée critique en droit au moyen d'une tentative de pastiche. La référence est une œuvre du 18^{ème} siècle, prétendument « traduite de l'allemand de Mr. le docteur Ralph » et qui raconte le voyage initiatique d'un jeune homme au travers des injustices du monde pour le conduire à la sagesse. Dans le présent récit, l'héroïne rencontre diverses conceptions de la critique incarnées par différents personnages et finit, elle aussi, par trouver la sagesse en suivant, sans le savoir, cette exhortation qui pousse, de Spinoza à Nietzsche, à s'étonner de ce que peut le corps.

*. Professeur à l'Université McGill.

** Professeur à l'Université McGill, Directeur du Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé.

This article is an expanded version of the talk we gave at the 6^{ème} Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques which was held at Laval University and concerned critical thought in law. We wish to thank professors Azzaria and Makela for inviting us, as well as all of the participants for their remarks and questions.

We conceived our talk as a kind of epilogue to the journée d'étude. We chose to revisit the question of the forms that critical thought in law tends to adopt by means of a kind of pastiche of a work which purpose to be a translation from the German of Dr. Ralph. It tells the story of the initiatory journey undertaken by a young man who finds wisdom through encountering the injustices of the world. In our parody of that eighteenth century work, the heroine encounters various conceptions of critical thought, each personified in different characters. She too finds wisdom by heeding, without realizing it, that age-old call which, from Spinoza to Nietzsche, urges us to marvel at what the body can do.

SOMMAIRE

I.	Comment Krynein fut éduquée à la Faculté et comment elle en fut chassée	435
II.	Comment il fut donné à Krynein de s'interroger grâce à une subvention de l'Académie des sciences humaines et sociales	437
III.	Ce qu'il advint de Krynein au cours de ses recherches	439
IV.	Rencontre avec les sœurs – Krynein s'embarque pour l'Europe	446
V.	Comment Krynein découvrit à l'abbaye de Königsberg la nécessité de s'orienter dans la pensée.....	446
VI.	Où Krynein prend son repos et raisonne	450
VII.	Comment Krynein retrouva ce qu'elle aimait – Ce qu'il advint	452
VIII.	Krynein en crise – Rencontre avec le docteur Ralph .	454
IX.	Comment Krynein fut mise en présence du doyen Soupçon et ce qu'elle apprit de lui	457
X.	Où se posa la question de l'héritage	463
XI.	Comment Krynein retrouve Laetitia et achève ses recherches	464
XII.	Conclusion.....	465
	Sources	467

I. Comment Krynein fut éduquée à la Faculté et comment elle en fut chassée

Il y avait à Québec, à la Faculté de jurisprudence, une jeune femme à qui la nature avait donné les mœurs les plus ambivalentes. Sa physionomie annonçait son âme. Elle avait l'esprit alerte, la passion du jugement mais, de temps à autre, elle se mettait à rire et à chanter dans les couloirs; il lui arrivait aussi de pleurer sans raison apparente ou de se trouver en proie à de violents accès de fièvre qui pouvaient durer plusieurs jours; c'est pour cette raison, je crois, qu'on la nommait Krynein.

Les étudiants murmuraient que la jeune femme était le fruit des amours de l'ancien doyen Soupçon et d'une certaine Laetitia. Les professeurs disputaient discrètement entre eux sa généalogie. On la disait fille des Lettres et de la Raison, arrière-petite-fille du Droit et d'un « maître de la Grèce », jumelle de la Liberté. On la disait aussi, à voix basse, fille de personne ou fille de rien. À quoi certains ajoutaient que le défaut de ses origines était la cause de ses dispositions à la subversion.

À la Faculté de jurisprudence, on enseignait le droit et sa prudence. Ce qui était une manière de dire que l'éducation juridique n'était pas abandonnée à la seule étude du droit. On lui associait la « connaissance des choses divines et humaines, la science de ce qui est juste ou injuste, licite ou illicite ». On s'enorgueillissait pour cette raison de pratiquer un enseignement non dogmatique et qu'on pouvait dire alors critique. Tous les professeurs professaient donc la critique. Ce qui était, de l'avis de tous, une bonne chose. Car il était entendu que la critique, c'est bien (le doyen Reitrof, en bonne intelligence avec le recteur, lequel tenait ses instructions de la ministre, avait d'ailleurs œuvré pour inscrire la liste des compétences à acquérir (*Critical Skills*) en bonne place dans le cursus).

Krynein était instruite par la professeure Deforis et le professeur Deintus. Elle leur vouait une profonde admiration, quoiqu'ils conduisissent son éducation dans des directions opposées. La professeure Deforis privilégiait la « critique externe ».

Elle entendait par là la confrontation d'un objet, d'une idée ou d'un discours avec une forme de rationalité extérieure à celui-ci et qui permet d'en exposer les fondements ou les fins cachés aux tenants du discours, d'en déterminer la connaissance objective, d'en permettre l'évaluation. Elle aimait à parler d'épistémologie et soutenait que la critique visait à construire une « science rigoureuse du droit ». Le professeur Deintus, quant à lui, prônait la « critique interne ». Il estimait qu'il n'y avait pas d'objet « droit » que l'on aurait pu réduire dans l'unité d'un concept. Il répétait que le droit est fait d'opérations concrètes, de dispositifs matériels, de catégories et d'arguments déployés dans le réel par des acteurs et des institutions. Et que la critique devait porter sur ces éléments qui déterminent le droit pour mettre au jour la pluralité et l'opposition des forces qui les habitent. Krynein ne doutait pas que ses professeurs fussent aussi savants qu'elle pouvait le souhaiter, mais elle éprouvait à leur endroit une intuition. Il lui semblait qu'ils ne l'éclairaient pas de la plénitude de leur savoir. Krynein pensait qu'une part de celui-ci lui demeurait cachée.

Or, un soir où Krynein arpentait les couloirs déserts de la Faculté, elle surprit dans une classe la professeure Deforis et le professeur Deintus qui paraissaient avoir trouvé la voie de la synthèse. Krynein nota en particulier que le point de vue externe et le point de vue interne étaient amenés à se rejoindre de multiples façons. Elle en fut bien heureuse et songea qu'elle aimerait, elle aussi, pratiquer l'échange de points de vue afin de goûter à son tour ce qui avait l'air des délices du paradis. Elle fut navrée de constater qu'elle manquait d'expérience en la matière. Elle choisit de s'en ouvrir dès le lendemain à la vice-doyenne aux enseignements, la professeure Scitylana, afin que l'on ajoutât aux contenus universitaires l'apprentissage de la critique par corps. Pourtant, ses suggestions ne furent pas du goût de cette figure de l'administration de l'Université. La vice-doyenne indiqua à Krynein que la Faculté était un lieu d'enseignement qui laissait à la porte de la classe les questions du sentiment et du désir, inconnaissables par hypothèse. Elle ajouta que les études critiques du droit étaient bien des études de droit et que Krynein, à raisonner ainsi, risquait de se rendre indésirable. Krynein, hélas, comprit mal ce que signifiait ce dernier terme, si

bien qu'elle tâcha de se rendre désirable aux yeux de la vice-doyenne. Elle lui indiqua, par le mouvement de son corps, qu'elle était au contraire disposée à partager son point de vue avec elle. La vice-doyenne la repoussa vivement en criant au scandale. Il s'ensuivit un grand désordre, et tout fut consterné à la Faculté de jurisprudence.

Krynein s'en trouva chassée et fut contrainte de quitter Québec.

II. Comment il fut donné à Krynein de s'interroger grâce à une subvention de l'Académie des sciences humaines et sociales

Rendue à la vie ordinaire, Krynein puisa dans ses économies pour se payer le voyage vers Montréal. Dans le train qui la conduisait à destination, elle songeait à ses récentes mésaventures et pleurait un peu sur son sort. Elle fut abordée par un homme encore jeune, richement vêtu, qui s'enquit de son air triste. Après qu'elle l'eut renseigné, il se présenta comme lauréat de la Fondation pour les justes causes. Il indiqua à Krynein que la Fondation soutenait la réflexion agissante dans des domaines prioritaires du nationalisme tolérant, de l'enrichissement acceptable, de la résilience continue et de la conscientisation du vivant. L'homme encore jeune était par ailleurs à la tête d'une subvention de 28 millions de dollars accordée par l'Académie des sciences humaines et sociales. Il pouvait ainsi rémunérer 66 étudiants : 21 l'aidaient à la préparation de ses cours, 22 l'assistaient dans ses recherches et 23 travaillaient sur des demandes de financement. Il avait toujours été premier de sa classe et avait obtenu son doctorat avec grande distinction à la Global Culture University. Il connaissait et appréciait les professeurs Deforis et Deintus.

- N'aimeriez-vous pas?... demanda-t-il à Krynein.
- Oui, répondit-elle, j'aimerais rejoindre la belle professeure Deforis et le charmant professeur Deintus.

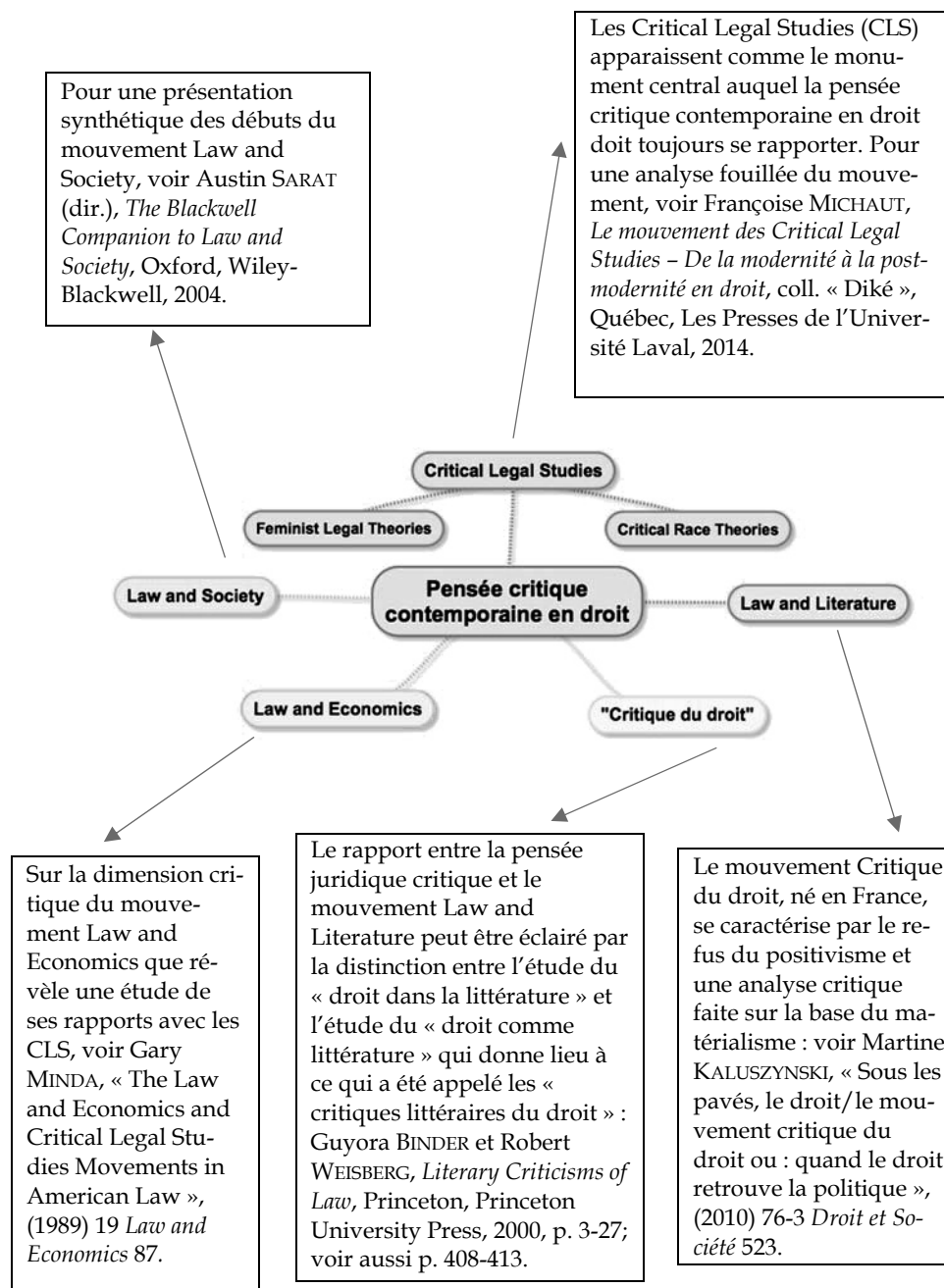
- Non, reprit-il, je vous demandais si vous n'aimeriez pas devenir ma 67^e assistante. Cela vous éviterait l'oisiveté et vous conduirait à répondre aux questions que vous vous posez.
- Qui a dit que je me posais des questions?
- Eh bien... Je suppose que vous vous en posez. Il faut se poser des questions!
- Parce que c'est la condition de la pensée? interrogea Krynein.
- Oui, vous dites juste, répondit son interlocuteur.
- C'est aussi une condition de l'esprit critique?
- Sans aucun doute. C'est celle là-même qui caractérise l'esprit critique.
- C'est donc que la pensée et la critique empruntent la même forme qui est la question? reprit Krynein.
- C'est peut-être qu'il n'y a pas d'autre pensée que de pensée critique, répondit l'homme, ravi de cet échange. Quant à moi, toutes mes questions de recherche impliquent une perspective critique.
- C'est donc que la critique n'a pas lieu d'être, puisqu'elle n'est que reprise de la pensée critique, pensée pensante parce que critique, continua Krynein, et j'en suis triste pour mes maîtres.
- Vous avez sans doute raison... Mais vous verrez, vous et moi..., commença-t-il. Elle le coupa :
- Non! Leur enseignement ne peut se trouver démenti de la sorte. L'amour de la vérité m'ordonne d'éclaircir davantage cette affaire. Il y a autre chose. Je ne sais le dire, mais je le sens. Ne le sentez-vous point?
- Nullement, fit-il.
- Elle poursuivit :
- Ce que j'ai vu des délices que mes professeurs eurent dans leurs échanges nocturnes, ce dont on a voulu me convaincre de me désintéresser, a pour moi forme de leçon. C'est peut-être cela leur enseignement le plus précieux.
- Je ne vous suis plus, intervint le chercheur.
- Je veux dire, reprit-elle, qu'il se pourrait que la critique ne prenne pas sa source dans une opération intellectuelle qu'il nous faudrait établir, mais qu'elle se détermine par l'Éros, comme cette « tension inquisitive » qui marque la philosophie grecque.

- C'en est assez de vous torturer l'esprit! Venez avec moi, lui enjoignit l'homme, vous ne serez pas malheureuse.

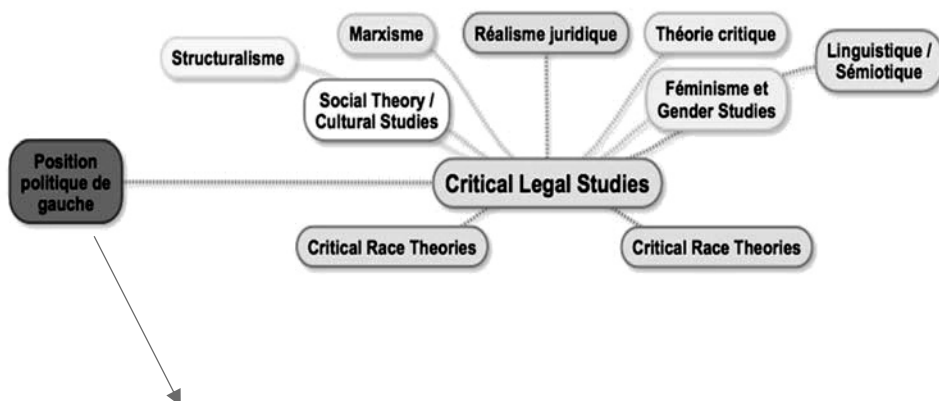
Krynein le suivit, en dépit de ce qu'elle se sentît comme attaquée par une maladie légère à l'idée de demeurer trop longtemps en sa compagnie.

III. Ce qu'il advint de Krynein au cours de ses recherches

Installée dans un joli bureau montréalais, entourée de l'attention de l'homme encore jeune (qui louait la vivacité de son esprit en toute circonstance), Krynein fut engagée par une solide réflexion à considérer les « théories et méthodologies » des sciences sociales. Son bienfaiteur lui apprit à déterminer un « cadre théorique ». Elle opta pour une « approche constructiviste » pour laquelle « les activités présumément subjectives et individuelles, d'une part, et celles qui sont supposées objectives et sociétales, d'autre part, se construisent ensemble dans les divers environnements sociaux, qu'ils soient intimes, institutionnels ou collectifs ». Krynein entra dans ce louable dessein. Elle posa que la critique était construite par les théories et les approches critiques. Elle entreprit donc d'établir les liens entre celles-ci. Elle travailla avec passion et, par une soirée de printemps, elle livra au chercheur une sorte d'arborescence de la pensée critique contemporaine ainsi présentée :



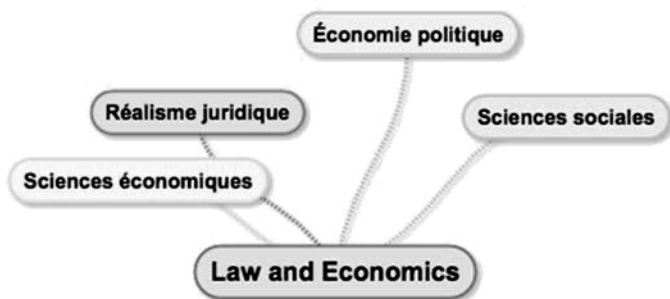
Puis était examinée la généalogie des courants auxquels la pensée critique contemporaine était apparentée. Les Critical Legal Studies d'abord...



Mark Tushnet a avancé l'idée que les CLS étaient un positionnement politique de gens de gauche partageant le projet de soutenir et d'étendre la présence de la gauche dans le milieu des juristes universitaires. Par conséquent, il n'y aurait pas de composante intellectuelle essentielle au projet : Mark TUSHNET, « Critical Legal Studies: A Political History », (1991) 100-5 *Yale L.J.* 1515, 1544.

Autres sources :
Guyora BINDER,
« Critical Legal
Studies », dans Dennis
PATTERSON (dir.), *A
Companion to Philosophy
of Law and Legal Theory*,
2^e éd., Oxford, Wiley-
Blackwell, 2010, p. 267;
Martha MINOW, « Law
Turning Outward »,
(1979) 73 *Telos* 79.

...Law and Economics ensuite...

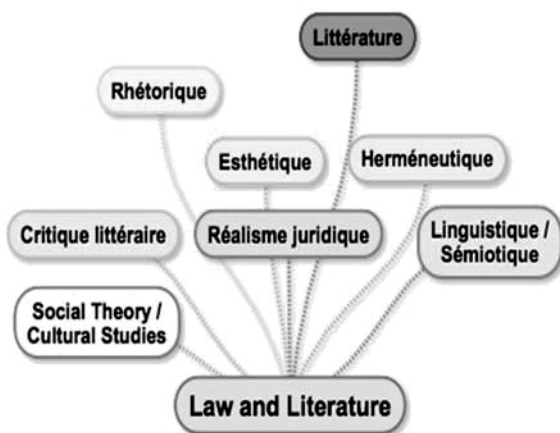


Sources : Mark D. WHITE, *Theoretical Foundations of Law and Economics*, New York, Cambridge University Press, 2009; Jon HANSON, Kathleen HANSON et Melissa HART, « Law and Economics », dans Dennis PATTERSON, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2^e éd., Oxford, Wiley-Blackwell, 2010, p. 299.

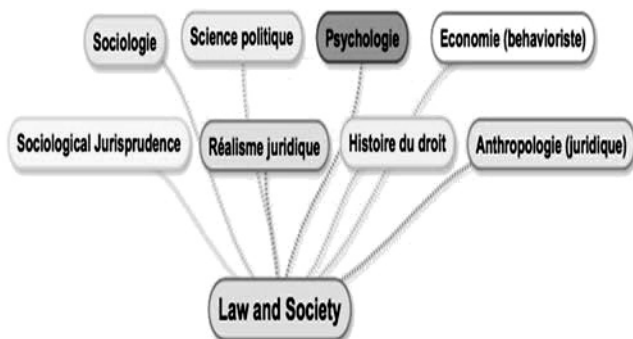
...puis Law and Literature...

Sources :

Guyora BINDER et Robert WEISBERG, *Literary Criticisms of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2000; Richard A. POSNER, *Law and Literature*, 3^e éd., Cambridge, Harvard University Press, 2009; Paul ARON, Alain VIALA et Denis SAINT-JACQUES, *Le dictionnaire du littéraire*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2010, « Littérature ».



...Law and Society ensuite...



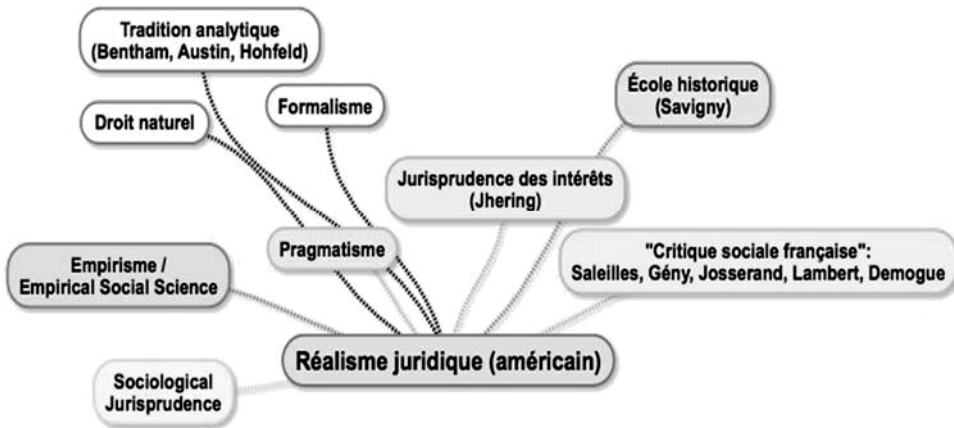
Sources : Lawrence M. FRIEDMAN, « The Law and Society Movement », (1986) 38 *Stanford Law Review* 763; Brian Z. TAMANAHA, « Law and Society », dans Dennis PATTERSON (dir.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2^e éd., Oxford, Wiley-Blackwell, 2010, p. 368.

...et, enfin, le mouvement Critique du droit :

Sources : Martine KALUSZYNSKI, « Sous les pavés, le droit/le mouvement critique du droit ou : quand le droit retrouve la politique », (2010) 76-3 *Droit et Société* 523; Martine KALUSZYNSKI, « Accompanyer l'État ou le contester? Le mouvement "Critique du droit" en France. Des juristes en rébellion », (2014) *Criminocorpus*, en ligne : <<http://criminocorpus.revues.org/2831>>.



- Il convient, dit Krynein, de remarquer que, sauf pour le cas du mouvement Critique du droit (qui fait ici figure d'exception continentale et dont il faut, par ailleurs, souligner la « brièveté de l'existence »), le réalisme juridique requiert une attention particulière. C'est pourquoi j'ai pensé faire quelque profit en rédigeant également sa généalogie. Celle-ci nous conduit loin dans le XX^e siècle, à la pointe du XIX^e aussi :



Sources : Stephen M. FELDMAN, *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism: An Intellectual Voyage*, New York, Oxford University Press, 2000; John Henry SCHLEGEL, *American Legal Realism and Empirical Social Science*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1995; Duncan KENNEDY et Marie-Claire BELLEAU, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », (2006) 56 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 163.

« Je n'ai, dit le chercheur, que des compliments à vous faire. » Il contemplait l'écran sur lequel se déployaient les figures et les textes composés par Krynein. Il se tenait debout derrière elle et avait posé la main sur son épaule. Cependant que Krynein raisonnait :

- J'en viens à la proposition qui vise à représenter au mieux mon objet d'étude. Elle s'attache au caractère que partagent l'en-

semble des approches critiques, et trouve dans le réalisme juridique un solide point d'ancrage. Croyez-vous, continua-t-elle, que l'on puisse résumer le réalisme en disant qu'il consiste à prendre en considération l'ensemble des facteurs qui conduisent les juges (et les autorités chargées de dire le droit) à décider comme ils le font?

- Qui dit cela? demanda l'homme. Et qu'est-ce que cela signifie?
- Brian Leiter, dans son article « American Legal Realism » paru dans l'ouvrage *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, dirigé par William A. Edmund fils et Martin P. Golding et publié à New York, par Blackwell, en 2005, répondit Krynein. Il explique que, pour les réalistes, les juges ne décident pas comme ils le font parce que les règles de droit prescrivent tel ou tel résultat. La manière dont ils « réagissent aux faits d'une affaire dépend de facteurs psychologiques et sociologiques, à la fois conscients et inconscients ». En réalité, le droit est ainsi fait qu'il n'est pas déterminé par le droit! Ma proposition sera donc la suivante : *est une approche critique du droit celle qui, affirmant que le droit n'est pas tel qu'il est, vise à mettre au jour ses déterminations non juridiques*. Lesquelles peuvent être politiques, économiques, esthétiques, liées à un contexte social, aux préjugés, etc. Par suite, la connaissance du droit doit s'associer d'autres formes de savoir que la science juridique. Ce pourquoi il y a tant de « Law and XYZ ». Ce que j'aime dans cette proposition est qu'elle englobe tous les mouvements critiques. Outre ceux qui ont déjà été étudiés, on pourrait y ajouter le Critical Legal Pluralism, le Critical Empiricism, et ainsi de suite. Par exemple, pour le premier, le droit ne saurait être décrit comme un objet extérieur aux êtres humains, même en admettant l'infinie pluralité de ses composantes. On ne peut que décrire la manière dont le droit est construit par le discours qui en parle et les sujets qui le vivent. Il n'est donc pas tel que ces derniers peuvent se le représenter, mais transformé au fur et à mesure de leurs actions et pratiques.

L'homme s'assit auprès de Krynein et ne la laissa pas poursuivre son exposé. L'étreignant soudain, il entendait visiblement

triompher de sa personne. N'y parvenant pas en raison de la résistance qu'elle lui opposait, il se mit en devoir de l'invectiver et de la brutaliser. Tant et si bien que Krynein prit la fuite.

IV. Rencontre avec les sœurs – Krynein s'embarque pour l'Europe

Krynein erra plusieurs jours dans les rues. Elle songeait qu'elle pourrait, elle aussi, vivre dans une jarre. Un matin où elle méditait sur les circonstances qui l'avaient exposée aux insultes et aux avanies du chercheur, un vent glacial se mit à souffler sur la ville. Alors qu'elle s'abritait sous un porche à proximité de la basilique Notre-Dame, elle fut rejointe par un groupe de religieuses cherchant également un peu de chaleur. Elles se présentèrent comme sœurs de la Congrégation du Sacré-Cœur en visite. Elles retournaient le soir même en Europe. Krynein avait faim; elle avait soif de savoir, aussi. Elle accepta donc d'embarquer avec les sœurs. Pendant la traversée, ces dernières prièrent pour elle et raisonnèrent aussi beaucoup sur la destinée de la jeune femme. Celle-ci ne laissait pas d'admirer que l'on pratiquât les deux activités avec un égal bonheur. « Vous devriez, lui dirent-elles, si cela vous intéresse, vous rendre à l'abbaye de Königsberg. Vous trouveriez à vous instruire sur ces choses. » Elles abordèrent les côtes italiennes quelques semaines plus tard et Krynein prit la route en direction de l'ancienne cité prussienne.

V. Comment Krynein découvrit à l'abbaye de Königsberg la nécessité de s'orienter dans la pensée

Krynein fut accueillie avec tous les honneurs à l'abbaye de Königsberg. Cependant qu'on lui faisait toutes sortes de civilités, Krynein rapporta à l'abbesse ses conversations pendant la traversée :

- Comment admettre, demanda-t-elle, que l'on s'en remette sans contradiction à Dieu pour ceci et à la raison pour cela? N'est-ce pas une contradiction qu'il faut résoudre au prix de la foi ou de l'intelligence? N'est-il pas vrai que ce à quoi un esprit critique ne

se résoudra jamais est d'abandonner le savoir pour la croyance, de préférer l'obscurité à la lumière?

- Au contraire, lui répondit l'abbesse, l'esprit critique est celui qui sait à quel moment la croyance doit se substituer au savoir.

Cette petite phrase fit naître dans l'esprit de Krynein une extrême curiosité. L'abbesse lui parla en ces termes : Je dois ce que je vais vous dire à mon vieux maître Immanuel. L'esprit critique est le fruit d'une révolution, c'est-à-dire d'un changement dans l'ordre du *nomos* – entendez : la loi. Jusqu'alors, la raison était hétéronome, obligée de l'extérieur d'elle-même. La critique a eu pour but de lui restituer son autonomie, soit la faculté de s'obliger par elle-même. Il s'agit, selon l'enseignement des Lumières, de pouvoir penser par soi-même. Ainsi, l'être humain libère son esprit de toute « puissance étrangère et extérieure » qui lui prescrit une vérité, une manière d'agir ou une opinion. Je vous dirais que ni la Nature, ni Dieu, ni les écoles chargées d'établir leurs dogmes ne sont fondés, comme tels, à imposer à chacun la connaissance, la morale ou l'esthétique ou encore à exiger l'obéissance passive de la raison.

Tout d'abord, comprenez bien qu'il n'y a pas de savoir qui ne soit pas conforme aux lois de notre entendement : « Nous ne connaissons des choses que ce que nous y mettons nous-mêmes. » C'est pourquoi le système de la Nature ne nous apparaît pas au terme de la contemplation de celle-ci, mais prend forme lorsque nous utilisons notre faculté de connaître : nous introduisons dans le monde l'ordre par lequel il nous devient intelligible. La tâche de la critique consiste à déterminer « la possibilité et les limites » de cette faculté de connaître, et à fixer alors les « principes de connaissances constitutifs *a priori* ». C'est ce qu'on a appelé une « critique de la raison pure ».

Ensuite, pareillement, le sentiment du devoir attaché à certaines valeurs ne saurait se fonder sur l'harmonie du cosmos ou la

révélation des commandements divins. Au sein d'une nature désertée par les dieux et dont la connaissance se limite aux phénomènes, l'être humain est seul, comme l'a bien dit le poète :

Car la nature
Est insensible :
Le soleil brille
Sur les méchants et les bons,
Et pour le criminel,
Comme pour le juste,
Luisent la lune et les étoiles.

L'être humain doit en venir à faire usage de sa raison; à penser à partir de lui-même pour répondre à la question de son devoir :

L'homme seul
Peut l'impossible :
Il distingue,
Il choisit, il juge;
Il peut donner
À l'instant la durée.

Lui seul, il peut
Récompenser les bons,
Punir les méchants,
Guérir et sauver,
Relier utilement
Tout ce qui se trompe, ce qui s'égare.

Au bout du compte, la critique nous enseigne que les lois de la nature impliquent un rapport de causalité mécanique entre des phénomènes (tel cause produit tel effet) qui est incompatible avec la causalité libre rencontrée à la source des actions volontaires (car la volonté obéissante ne peut être que volonté libre). Ainsi, la nature est neutre éthiquement. On ne peut en extraire une morale.

En outre, pour ce qui serait d'une morale divine, la critique nous a conduit à affirmer que Dieu est inconnaissable, quoique son

Idée soit une nécessité de la raison. Il s'ensuit que faire dériver la loi morale d'une révélation reviendrait à confier la conduite de nos actions à un « préjugé ». Et ruinerait le travail de la raison.

Il revient alors à la critique de préparer une refondation de la morale dont la source est en l'être humain – en son humanité. Il ne s'agit pourtant pas d'une reprise de la critique de la raison pure dans le domaine éthique. Car cette critique-là ne s'occupe pas de la faculté de connaître mais des « fondements de la détermination de la volonté »; en tant que celle-ci conduit à faire ceci plutôt que cela. Elle porte donc sur le pouvoir pratique de la raison, lequel consiste dans la détermination de la volonté. C'est ce qu'on a appelé une « critique de la raison pratique ». Or celle-ci trouve sur sa route une propriété de la volonté qui différencie sa détermination de la détermination des phénomènes (causalité mécanique). Cette propriété est la liberté. Autrement dit, les actions de l'être humain, irréductibles à des phénomènes, ne sauraient être gouvernées par une loi tirée de l'expérience. La loi morale est une loi de la causalité de la liberté.

- Permettez-moi de vous interrompre dès à présent, fit Krynein, car j'ai peur de perdre le fil de raisonnements aussi subtils. Je voudrais bien vous demander quelle place il peut rester pour la foi. Vous parliez de substituer la croyance au savoir, et je ne vois ici que l'antithèse de cette idée.
- J'y viens, répondit l'abbesse, et voici comment :

La critique nous permet de délimiter, dans le champ de la pensée, le domaine propre du savoir. Celui-ci comprend tous les objets d'une expérience possible, lesquels sont connaissables parce qu'on peut en démontrer la possibilité (par l'expérience ou *a priori* par la raison), c'est-à-dire qu'ils deviennent des phénomènes au moyen d'une opération de la raison pure. Pour autant, il demeure un domaine de la pensée qui n'est pas celui du savoir. Car c'est une nécessité de notre esprit que de penser au-delà de toute expérience possible. Ce pourquoi la critique ne dissipe pas le domaine de la métaphysique, mais en autorise l'exploration à l'aide d'une raison libérée de sa prétention à connaître les objets de la métaphysique

(ce qui est impossible) et qui permet de s'orienter dans la pensée. C'est ainsi que la critique conduit à « mettre de côté le savoir afin d'obtenir de la place pour la croyance ». Nous sommes alors capables de penser Dieu par nous-mêmes.

Plus encore, la critique annonce l'éclosion d'une foi authentique en réinscrivant l'existence de Dieu sur le plan moral, après en avoir conclu à l'absence nécessaire sur le plan de la science. En effet, dans la tâche de la raison pratique qui consiste à « travailler en vue du souverain Bien », nous en venons à « postuler » l'existence d'un « être qui, par l'entendement et la volonté, est la cause de la nature, c'est-à-dire Dieu ». Rappelons simplement qu'un postulat est « une proposition théorique qui ne peut être prouvée, en tant qu'elle est inséparablement dépendante d'une loi pratique ayant *a priori* une valeur inconditionnée ».

Vous voyez donc là, ma chère enfant, les merveilles produites par la critique de la raison : organiser la police du savoir et autoriser la vraie croyance en Dieu.

VI. Où Krynein prend son repos et raisonne

Krynein était bouleversée par une telle profondeur de questionnement. « Sûrement, se disait-elle, devrais-je mettre cela à profit. Mais après avoir eu froid, être passée par l'humiliation et la violence, je n'ai guère le goût des dissertations. »

Il semblait une fois de plus à Krynein ressentir un tiraillement entre les appétits de l'intelligence et les nécessités du corps. Elle songea qu'il ne s'agissait peut-être que de sa raison en train de sentir. Elle s'en ouvrit à l'abbesse qui lui répondit ceci :

Vous êtes désorientée. Nous autres, chrétiens, sommes accoutumés au dilemme de la chair et de l'esprit. Laïcs, nous l'avons résolu à l'époque moderne par l'usage de la raison. Qui est ce qui permet de « s'orienter dans la pensée ». Vous êtes comme le philosophe dans une pièce obscure dont il connaît la disposition des ob-

jets qui l'habitent. Vous ne sauriez y faire entrer la lumière de l'extérieur, c'est-à-dire objectivement, mais vous pouvez vous y orienter grâce à la distinction de votre droite et de votre gauche – votre subjectivité. Vous devez donc, laisser libre cours à votre besoin de penser : c'est le droit de votre raison.

Krynein fut conduite dans une cellule afin qu'elle pût, une fois son repos pris, fixer son esprit sur l'objet de son choix. Voici quel fut le cours de son raisonnement à propos de ce qu'on lui avait appris, soit la critique du droit :

Je sais qu'il existe des mouvements de pensée du droit qui répondent au nom de critique. Je les ai étudiés; j'en ai offert une arborescence à ce méchant homme de Montréal. Il existe donc une pensée critique qui se différencie, d'autant de manières qu'il y a de mouvements critiques ou même de penseurs critiques, d'une pensée juridique non critique. Ainsi, les tenants des Critical Legal Studies se distinguent de la pensée juridique qu'ils considèrent comme dominante (*mainstream*) en déduisant des textes « des interprètes écoutés » les « structures cachés du libéralisme ». Ils se différencient aussi de ce qu'ils appellent le « formalisme ».

Pour ma part, je voudrais diviser la pensée juridique en deux « hémisphères » ou zones : une zone critique et une zone non critique. La première se détermine par rapport à la seconde, c'est entendu. Pourtant, et voilà ce qui pique ma curiosité, la seconde ne se détermine pas par rapport à la première. D'un côté, la critique s'affirme : que les mouvements de pensée se nomment critiques (comme la Critical Race Theory ou CLS), ou qu'ils prennent leur impulsion dans des travaux qui recourent au vocable *critique* (je songe à la « Critique de la pensée juridique moderne » dont François Gény a paré son maître ouvrage, ou à l'« Essai critique » consacré aux « notions fondamentales du droit privé » de René Demogue). Ainsi, il est assez aisé de repérer les projets critiques, même s'il est délicat de définir la méthode critique et, plus encore, de dire ce que la critique est. D'un autre côté, la pensée non critique ne s'affirme pas comme étant non critique. Elle est, de son point de vue, pensée *tout court* et elle n'est, en somme, non critique que parce qu'elle est

l'objet d'une pensée critique. Ou bien, lorsque la critique prend le droit pour objet, c'est elle qui se veut pensée, et il est sous-entendu que le droit est considéré comme appelant une critique. *Dans tous les cas, nous savons moins ce qui fait que la pensée non critique est non critique que nous ne savons ce qui fait que la pensée critique est critique.* En épousant alors, bien sûr, le point de vue de la pensée non critique (puisque la pensée critique se charge d'indiquer le manque d'esprit critique de la pensée non critique). En ce sens, et à ce moment-ci de mes découvertes, la pensée non critique apparaît plus mystérieuse, plus attirante aussi : la pensée critique se pense critique; la pensée non critique ne se pense pas non critique. C'est alors que la pensée non critique offre le plus de prise à la pensée : « Ce qui donne le plus à penser est que nous ne pensons pas en-core. »

Se pourrait-il que l'ajout de l'adjectif « critique » ait enlevé quelque chose d'important à la pensée du droit? Que la pensée « non critique » puisse apporter quelque chose à la pensée critique dont elle ne dispose pas en tant qu'elle se pense elle-même?

VII. Comment Krynein retrouva ce qu'elle aimait – Ce qu'il advint

Au matin, Krynein admirait encore les trésors dont son raisonnement l'avait mise en possession. Elle choisit d'en disputer avec l'abbesse. Elle la trouva dans son bureau conversant avec un personnage dont elle ne voyait que le dos. Cependant, entendre sa voix lui causa une telle surprise que Krynein sentit la force lui manquer. Elle tomba à ses pieds reconnaissant son bon maître, le professeur Deintus. Elle lui parla : ce furent d'abord des mots entrecoupés, des déclarations, des demandes, des larmes et des rires. On la fit asseoir et après qu'on lui eut recommandé le calme, le professeur la pria de lui apprendre tout ce qui lui était arrivé depuis qu'elle avait surpris sa relation avec Deintus et son expulsion à elle de la Faculté.

Une fois qu'elle eut fini, ils tinrent conférence sur leur objet commun, car Krynein était impatiente de partager les fruits de son

raisonnement. Et le professeur Deintus lui dit ceci lorsqu’elle eut achevé sa démonstration :

Je conviens que l’analyse des différents types de critique, et les conflits que celle-ci provoque, perdent à la longue, de leur pertinence. À cet égard, il est sain de porter l’effort sur le non-critique. Cependant, j’irai aujourd’hui plus loin encore : « Oubliez la critique ! » Nous sommes entrés dans une époque où ce qui constituait la substance de la pensée juridique critique, à savoir le repérage des structures du pouvoir derrière un droit réputé neutre et dont la forme différait de la forme politique, est devenu hors de propos. Effectivement, la critique s’était attachée à montrer que le droit était politiquement déterminé, qu’il était un instrument du pouvoir ou qu’il disposait des ressources pour constituer un contre-pouvoir. Or le rapport général du droit et du pouvoir a changé, et le voile s’est déchiré : le droit apparaît désormais comme « l’opération privilégiée du pouvoir, sa substance même ». L’autonomie de la forme juridique s’effrite parce qu’elle est absorbée dans le dispositif du pouvoir qu’elle constitue à son tour. Et le pouvoir le sait : il transforme le droit en toute conscience. De fait, le droit est pouvoir et le pouvoir est droit. On exporte la démocratie libérale comme on exporte des choses, on fixe l’histoire par une loi, tout comme la langue, on prétend dominer l’ordre politique international en plaçant le discours des droits de la personne au sommet de toute hiérarchie normative, on propose des codifications clés en main, on offre aux pays anciennement colonisés des systèmes de publicité foncière au sein desquels s’entremêlent la théorie juridique de la propriété et la technologie des systèmes d’information. De manière générale, l’intervention du pouvoir dans le réel est juridique. Tout cela figure un « tournant biopolitique global » qui achève la critique, du moins sous les formes que l’on connaît. Car la constitution contemporaine du pouvoir résulte de la domestication par celui-ci de la critique. Il l’a absorbée de façon à pouvoir en mobiliser les ressources en ce qui concerne la production même du droit qui marque ses actions. La critique a été, en d’autres termes, intériorisée par le pouvoir. C’est pourquoi on peut dire qu’« il n’y a plus de point de vue externe ». Toutes les formes de critiques du

droit sont désormais « naïves ou de mauvaise foi ». L'art de la subversion doit être réinventé.

Krynein, pétrifiée d'un tel discours, se demanda si son cher professeur n'avait pas perdu la raison :

- Comment? s'exclama-t-elle. Vous? Vous devenez l'exception au règne de la critique? Qu'advient-il alors de votre enseignement?
- Je ne remise point celui-ci, répondit-il. Vous remarquerez au contraire que j'entre en résistance contre le règne de la critique en *jugeant* celle-ci.
- On dirait... on dirait... un danseur! fit Krynein. Un danseur qui change son point de vue tant qu'il danse.
- Ma chère, je ne voudrais pas que la joie de nos retrouvailles s'assombrisse par votre fait. Je vous trouve bien effrontée de suggérer que mes conclusions puissent être dictées par autre chose que la réflexion. Tout cela est rien que sérieux!

Krynein finit par en convenir. Toutefois, elle demeurait secouée. Elle se retira dans sa cellule pour songer à cette étrange journée où elle se sentait si proche de ce que son maître disait, mais pour d'autres motifs. Elle pensait que, après l'enseignement dogmatique de la critique, on frôlait le dogme de la critique de la critique. En même temps qu'elle trouvait la tentative pleine de sagesse. Elle alla se coucher l'esprit fort agité.

VIII. Krynein en crise – Rencontre avec le docteur Ralph

Au matin, Krynein s'éveilla en proie à une crise. Son front brûlait. Son corps tremblait, tant et si bien qu'elle fut remise aux soins du docteur Ralph exerçant dans la ville. Après un examen attentif, et toutes sortes de tests qui durèrent plusieurs jours, celui-ci conclut :

- Je ne trouve pas de cause physique à votre mal. J'en conclus que vous somatisez.
- Je ne comprends pas ce que cela signifie, fit Krynein.

- Somatiser, reprit le docteur, signifie « traduire des conflits psychiques en troubles somatiques », c’est-à-dire des troubles qui concernent le corps.
- Mais je ne connais aucun conflit. Tout juste des disputes d’un ordre bien différent du psychisme : la discussion raisonnée, avançà Krynein.
- Le trouble vous est forcément caché, dit le docteur. En cas de somatisation, le ressenti du corps prend la place d’une émotion, lorsque « la représentation est coupée de l’affect » et qu’il ne reste que le « corps réel » pour exprimer ce que l’on ressent.
- Je continue à ne pas comprendre, insista Krynein.
- Prenez ce qu’on appelle le « refoulement ». Le terme désigne la situation dans laquelle un processus psychique est empêché de franchir la frontière qui sépare l’inconscient au sein duquel il existe et la conscience. Ce processus est, typiquement, une représentation (une pensée, une image, un souvenir). L’émotion qui y serait normalement associée est coupée de la représentation et elle est comme une énergie non canalisée qui va se déployer on ne sait où. Il se forme alors un symptôme. Il y a somatisation lorsque l’émotion – l’affect – s’exprime dans le corps.
- La cause de mon état, dit Krynein, pourrait donc se trouver liée à une pensée dont j’ai perdu la trace et qui parle, si l’on peut dire, au travers de mon corps, comme si j’étais malade.
- C’est exact, fit le docteur. À cela près que le symptôme somatique « ne parle pas », il « fait du bruit; il n’exprime pas, il vient à la place de la souffrance ». Il ne s’agit donc pas de le déchiffrer ou de l’interpréter, analytiquement, j’entends. En revanche, le symptôme disparaîtrait si vous retrouviez la représentation demeurée dans votre inconscient. J’ajouterais simplement que nombre de cas de somatisation que j’ai pu observer concernent une « problématique de l’absence, de la perte, de l’absence ou du vide ».

La consultation du docteur Ralph produisit sur Krynein deux effets notables, comme elle l’indiqua au professeur Deintus :

- Je me flatte d’entrevoir, dit-elle, la fin de mes tourments. Je vais partir à la recherche de ce qui me manque le plus à ce jour. Ce qui permettra certainement de faire face à l’absence qui semble être à la source de mes ennuis.
- Et que vous manque-t-il, selon vous? interrogea Deintus.
- Vous savez bien que cette crise n’est pas la première. J’étais, à la Faculté de jurisprudence, coutumière du fait. Il faut donc remonter au-delà de cette époque. J’ai décidé de me lancer sur le chemin de mes origines. Ce qui fut, je crois, le sujet de certaines disputes à la Faculté.
- Vous avez raison, reprit Deintus. Nous nous demandâmes souvent qui vous étiez, d’où vous veniez. Au fond, tout le corps professoral vous aimait beaucoup. Je ne souffrirais pas que vous demeuriez dans cet état maladif. Lancez-vous donc à la poursuite d’un pan de votre vie. Cependant, prenez garde : contrairement à ce que l’on croit, la généalogie ne renseigne pas sur l’origine (l’ancien Deintus vous dirait qu’elle est l’opération critique par excellence). Elle ouvre sur l’infini de nos propres causes. Elle permet de saisir la multitude de nos déterminations : qu’un seul rameau de l’arbre manque, et nous serions différents.
- On pourrait dire aussi que je vais suivre mes propres traces..., ajouta Krynein.
- Notre trace est comme celle du texte, le signe de cet autre que nous pourrions être, acheva Deintus.
- Il y a autre chose que je ne peux m’empêcher de partager avec vous. Le docteur Ralph a piqué ma curiosité avec cette idée de ce qu’un évènement du corps puisse laisser entrevoir un trouble de la conscience. Ne se pourrait-il pas aussi que les anomalies, les irrégularités, les obscurités que l’on perçoit dans un champ problématique nous invitent à repérer l’équivalent d’un inconscient? Si je reviens à notre questionnement de prédilection à tous les deux, à savoir le droit, ne croyez-vous pas qu’il y ait, en son sein, un réseau de déterminations inconscientes qui échappent au système des causes, des sources ou à toute organisation

consciente de la production normative? Et ainsi que les sujets, les acteurs, le Pouvoir et la Justice se trouvent soumis à une structure sous-jacente et dont ne saisissons que les manifestations qui crèvent la surface?

- Je serais porté à le croire, dit Deintus. Toutefois, quel en serait le principe?
- L'amour, répondit sans hésiter Krynein. L'amour d'institution, soit, comme cela a été dit, « la demande de tyran ou la nostalgie d'un pape ».
- C'est à voir, fit Deintus.
- Nous verrons, répliqua Krynein.

Elle quitta l'Europe le lendemain.

IX. Comment Krynein fut mise en présence du doyen Soupçon et ce qu'elle apprit de lui

Revenue à Québec, Krynein rencontra clandestinement certains de ses anciens condisciples de la Faculté. Ils l'instruisirent des bruits ayant couru sur sa possible filiation avec l'ancien doyen Soupçon qu'elle décida donc de retrouver.

Krynein parcourut en vain la province. La grande figure de la Faculté de jurisprudence semblait s'être évanouie. Krynein, pour échapper à l'ennui, avait pris l'habitude d'assister aux rencontres hebdomadaires du Club des poètes du Deffand. Elle s'était éprise d'une jeune femme nommée Giroflée qui y avait ses habitudes. Un soir, celle-ci vint, comme à l'habitude, chercher Krynein dans la petite chambre dont la location achevait de consumer ses économies. Elle lui annonça qu'elles ne se rendraient pas au Club : « Je vous emmène au cercle Montréal-Caché, dit Giroflée. Un endroit ennuyeux, mais qui, pour ce soir, nous réserve une belle surprise : votre doyen Soupçon y sera. »

Krynein se laissa mener au fond du faubourg Saint-Joseph jusqu'à un petit immeuble au premier étage duquel se tenaient les réunions du cercle Montréal-Caché. On y était, pour ce soir, occupé à un tarot. Un profond silence régnait. Les joueurs arboraient l'air

triste des perdants et semblaient pourtant s’amuser. Dans un coin de la pièce, un cigare fumant entre ses doigts, le doyen Soupçon était assis, parfaitement immobile. Une lumière sombre brillait dans le fond de son regard. Il fit signe à Krynein de s’approcher. Il se leva et l’étreignit brièvement.

Passé la surprise, la colère et toutes ces sortes d’émotion, la première question que posa Krynein concernait la disparition du doyen :

- C’est fort simple, répondit-il. Je ne me nomme pas Soupçon, mais Alup Ocurre. Vous m’avez croisé souvent durant vos recherches, mais j’apparaissais sous un nom que vous ne connaissiez pas. Aussi, j’étais caché. Même si je me montrais, je demeurais caché.
- Pourquoi vous connaît-on alors à la Faculté sous le nom de Soupçon? fit Krynein.
- Mes collègues m’ont affublé de ce sobriquet après que j’ai défendu l’idée que l’interprétation comme exercice du soupçon était la source de toute méthode critique, du moins à l’époque contemporaine.
- Deux choses échappent à ma compréhension dans ce que vous dites, dit Krynein. D’abord, le privilège de l’interprétation sur toute autre opération critique. Il me semble, par exemple, que certains ont avancé que la culture grecque a entretenu tout au long de son histoire un « rapport problématisé au monde » qui est typique de la pensée critique mais irréductible à la recherche ou à l’attribution du sens. Ensuite, je ne saisis pas ce qu’est l’interprétation comme exercice du soupçon.
- Je vais tâcher de répondre à vos deux questions. Toutefois, je voudrais faire une remarque à titre préliminaire. Mon usage du soupçon revient à une tentative de transposer à la critique du droit les possessions d’une certaine philosophie herméneutique. Nous vivons, depuis bientôt un siècle, dans une ère philosophique caractérisée par le recoupement de l’ensemble des recherches et des exercices de sagesse sur le domaine du langage. De Wittgenstein à Austin et à Searle, de Husserl à Heidegger et

à Derrida, de Ricœur à Agamben, en passant par l'histoire comparée, la théologie exégétique et la psychanalyse, nous nous sommes résolus à ce que « tout soit devenu discours ». Je me suis donc demandé comment le droit, le juriste en fait, en tant qu'acteur et savant du droit, participait à « ce grand débat sur le langage ». Eh bien, j'en suis arrivé à penser qu'il s'agit d'abord pour lui de contribuer à la production d'une forme au sein de laquelle s'articulent un art de la justice et une « science perpétuelle du Pouvoir ».

- Comment s'organise donc concrètement cette contribution? interrogea Krynein.

Et Ocuirre lui répondit ceci :

Dans chaque intervention du juriste. Chaque fois qu'il parle et, bien plus encore, chaque fois qu'il écrit pour les besoins de son activité, c'est-à-dire juger, plaider, enseigner, penser, etc., il réinscrit son discours dans la tradition de la Forme juridique. Simultanément, il étend celle-ci à son tour. La Forme juridique, constituée de cette multitude de textes dits ou écrits, chacun lié à sa propre cause, signifie autre chose que l'addition de ces causes. Le droit qu'elle incarne est une sémantique de la justice et du pouvoir. Car dans chaque cause se joue et se rejoue la nécessité d'attribuer à chacun le sien – *suum cuique tribuere* – et l'institution de la contrainte. L'important est de réaliser que l'art de la justice et la science perpétuelle du pouvoir ne s'énoncent que dans une sémantique. Autrement dit, nous ne pouvons les saisir que dans les « vicissitudes du sens ». Toute la question est donc de savoir comment l'un et l'autre se disent; comment ils s'expriment. La place du droit dans le grand débat sur le langage tient à la signification continue de la justice et du pouvoir, au fait que l'un et l'autre parlent dans les termes du droit. C'est pourquoi, dans ce cadre de pensée, la critique du droit est, fondamentalement, une interprétation. Elle prend toujours pour objet un discours en attente de sens. Je ne parle pas des règles ou des jugements (qui appellent une interprétation d'un autre niveau), mais du discours juridique qui enchâsse aussi ces derniers et qui forme une expression de l'art de la justice et de la science du

pouvoir. Ainsi, l’activité critique qui consiste à rechercher les « significations implicites, des déterminations silencieuses et des contenus obscurs » du droit est une recherche du sens. Il reste à en indiquer la modalité. C’est là que j’en suis arrivé à l’idée que la critique est une herméneutique soupçonneuse, ce sur quoi portait votre seconde question.

– En effet, dit Krynein.

Ocuirre reprit alors :

Pour y répondre, il convient de revenir sur les rapports de l’interprétation et du sens. Un premier type de rapport est celui selon lequel l’interprétation se charge de la restauration ou de la restitution de ce dernier. On parle parfois de récollection du sens, c’est-à-dire de son recueillement. C’est une formule intéressante dans la mesure où cette première conception implique une croyance, une foi. L’idée dominante est que le sens est donné à découvrir : il existe un sens puisqu’il y a un objet sémantique qui se présente à nous. Dans le cas du droit, l’interprète concentre son travail sur les objets du droit qui lui sont donnés comme tels, c’est-à-dire les objets porteurs du discours juridique qui traversent le champ de sa conscience : le texte d’une décision judiciaire, un code, une note, un livre, un dossier; tout ce qui est d’avance annoncé comme juridique. Cette conception de l’interprétation repose, vous le voyez, sur la croyance en l’objet. Ce dernier est fiable – digne de foi – dans son objectivité. Le sens à découvrir y est présent. Dès lors, le travail de l’interprète concerne le sens et pas l’objet porteur du sens.

Tel n’est pas le cas dans l’autre conception des rapports entre l’interprétation et le sens, conception qui s’enracine dans l’exercice du soupçon. L’interprète soupçonneux conteste le « primat de l’objet » parce qu’il doute de la conscience. Il refuse de limiter la découverte du sens à la conscience de l’objet. En d’autres termes, la certitude de soi, le fait d’être présent à soi-même, ne suffit pas à garantir l’objectivité de l’objet. Selon cette conception, le sens n’est pas donné à découvrir, parce qu’il se trouve déjà construit par une sorte d’opération de cryptage qui se produit à notre insu lorsque

nous croyons appréhender l'objet porteur de sens. On ne peut affronter un tel cryptage qui nous fait apparaître le sens comme sens-à-découvrir qu'en partant de l'idée que la conscience est « fausse », qu'elle se trompe. Le sens-à-découvrir n'est pas neutre, objectivé du fait de son entrée dans la conscience par la vertu d'un objet sémantique, mais il est au contraire déjà caché par le fait même de cette entrée dans la conscience. Nous touchons au cœur de la philosophie du soupçon lorsque nous comprenons ce rapport montré/caché. Ce qui indique occulte en même temps qu'il montre. Par conséquent, nous devons soupçonner les apparitions du sens parce que notre conscience est suspecte d'être fausse.

Je vous donne un exemple afin de mieux comprendre : l'interprétation des rêves chez Freud. On se tromperait en affirmant que c'est le rêve qu'on interprète. Car cela voudrait dire que l'on saisit le rêve comme objet sémantique, qu'il entre comme tel dans le champ de la conscience et qu'il a, de ce fait, un sens donné à découvrir. Or cela occulte le récit du rêve qui constitue le seul moyen d'accès à ce dernier. Ce n'est donc pas le rêve qu'on interprète mais le « texte du récit du rêve ». On voit bien au travers de cet exemple comment fonctionne le rapport montré/caché. Si l'on se convainc que le récit du rêve montre le rêve, on occulte, par le fait même, le texte de ce récit. On cache le discours du rêve, on se détourne de ce qui s'y exprime et qui nous dit autre chose que le rêve. C'est pourquoi l'interprétation comme exercice du soupçon réclame que la « méthode consciente de déchiffrement coïncide avec le travail inconscient du chiffrement », travail que Freud, pour rester dans le même exemple, attribue au psychisme inconscient.

- Est-il possible, dit Krynein, que l'on transposât ce genre de philosophie à notre jurisprudence? Comment imaginer que celle-ci s'accommode d'une structure aussi complexe? Sa fonction critique principale ne reste-t-elle pas d'indiquer les déterminations inaperçues des règles et des jugements?
- Je conviens que ce n'est pas là chose facile, reprit Ocuirre, mais la tentative est jubilatoire.

- Tout de même, poursuit Krynein, je serais curieuse d’en scruter les résultats. Qu’est-ce que la conscience « fausse » des juristes leur dissimule?
- Eh bien, ne pourriez-vous ouvrir la voie à votre propre raisonnement sur ce point? interrogea Ocurre. – Je pourrais imaginer, en collant à l’exemple fourni plus haut, que lorsque les juristes pensent interpréter le droit à partir de ses objets sémantiques, mettons un code civil ou un jugement de common law, ils occultent quelque chose du droit. En particulier, s’appliquer à dégager le sens d’une règle de droit, c’est oublier le texte qui porte cette règle et qui, comme le récit du rêve, en fait le récit. Or ce texte de la règle, son écriture, signifie toujours en même temps autre chose. On peut dire, par exemple, que la règle prend corps dans un texte qui est celui-ci, mais qui aurait pu être écrit autrement (à structure intentionnelle identique, bien sûr, à savoir que l’auteur a voulu dire la même chose). L’entrée du texte dans la lumière de la conscience fait que nous voyons désormais autre chose que la règle : son écriture. D’où certaines questions : l’effet visé par la règle est-il celui de la règle ou de son écriture? Qui est l’auteur de la règle et, donc, la source du droit qui y est attachée : la volonté de l’organe législatif ou l’auteur du texte qui donne corps à celle-ci? La structure du droit tient-elle à une organisation politique (les organes chargés d’édicter et de dire le droit) ou à ses modalités d’existence (l’écriture, la forme, les dispositifs)? Dans cette perspective, l’objectivité du droit tend à s’évanouir au profit d’une extension du sens. On pourrait presque affirmer que le droit est l’interprétation du droit.
- Il y a cependant quelque chose qui me gêne dans la transposition de cette conception somme toute psychanalytique du travail d’interprétation.
- Je me flatte de vous entendre me l’expliquer, dit Ocurre.
- Il me semble évident, fit Krynein, que le rêve se prête à cette sorte d’interprétation parce qu’il constitue une expression multivoque. Il faut en effet accorder toute son importance à ce que « le rêve et ses analogues s’inscrivent dans une région du langage qui s’annonce comme lieu des significations complexes où un autre sens tout à la fois se donne et se cache dans un sens

immédiat ». Autrement dit, le rêve se loge dans l'espace du langage symbolique. Or tel n'est pas le cas du droit. Non pas parce qu'il n'aurait pas plusieurs sens possibles, mais parce que sa texture intentionnelle fait de lui un langage univoque, un langage fait pour avoir un sens premier ou littéral. Le droit n'est pas un langage symbolique. L'auteur d'un texte ne veut pas dire autre chose que ce qu'il dit dès lors que l'auteur d'un texte symbolique veut dire ce qu'il dit.

- C'est vrai, dit Ocuirre, mais il faudrait creuser les raisons que l'on peut avoir de vouloir maintenir la distinction analytique entre les expressions univoques et multivoques dans le cas d'un langage, le droit, qui se signale par la nécessité de son application à l'infinité des cas concrets. Car le droit implique l'opération herméneutique : il n'y a pas de droit possible sans interprétation. Peut-être que cela suffirait à faire basculer le droit du côté des langages symboliques. En tout cas, la nécessité herméneutique étant établie, le « conflit des interprétations est ouvert », et la place faite pour la philosophie du soupçon.

X. Où se posa la question de l'héritage

L'aube avait pointé et la lumière commençait d'emplir la pièce dans laquelle Krynein et Ocuirre, son père, avaient raisonné. Les joueurs étaient partis. Krynein avait senti croître son admiration pour cet homme et la puissance de son questionnement. Il émanait de lui une autorité tranquille, sûre d'elle. Ce pourquoi Krynein ne fut pas surprise lorsqu'il lui parla en ces termes :

- C'est à vous, ma chère, qu'il appartient de poursuivre le travail. Vous retournerez à la Faculté et serez reprise. Vous y aurez une position des plus enviables. Vous aurez tout le loisir de semer les fruits de mon travail et de les voir mûrir pour votre propre compte.
- M'accompagnerez-vous? demanda-t-elle. Je veux demeurer à vos côtés pour l'heure.
- Non, je n'irai pas, répondit Ocuirre. J'ai dû me retirer lorsque la solidité de mon jugement fut mise en cause. Et je ne souhaite

pas revoir quiconque là-bas, sauf pour me décerner les honneurs dus à ma personne.

- Vos théories furent-elles mal jugées? interrogea Krynein.
- Certes non, dit le doyen, mais on me reprocha une liaison avec ma collègue Laetitia à qui j’avais confié d’importantes responsabilités à la Faculté.
- Alors, je vous dirai, mon père, que j’éprouve pour celle dont vous venez de mentionner le nom un intérêt bien supérieur au pouvoir que pourrait me procurer votre héritage, fit Krynein. Aussi, j’y renonce. Ma crise est plus importante que la critique.

« Voilà une étrange petite personne », se dit le doyen.

- Je vous aiderais dans la mesure de mes moyens, poursuivit-il à voix haute. Cependant, il me faut vous mettre en garde. Laetitia, votre mère, est une personne bien fantasque. Elle ne goûte point les charmes de la raison. Elle s’intéresse à tout autre chose. Toutefois, je dois dire qu’elle m’a apporté beaucoup de joie et que, sans sa présence, je n’aurais pas pu penser. Allez la retrouver et faites votre choix.

XI. Comment Krynein retrouve Laetitia et achève ses recherches.

Laetitia est une personne fort occupée. Elle ne cultive pas son jardin mais préfère, dit-elle, cultiver sa vie. Elle affirme aussi assumer sa volonté de puissance en chantant fort et clair lorsque l’envie lui prend : il faut « de la musique avant toute chose ». Elle a créé une école de danse dont la devise est inscrite au-dessus de la porte : « Ma volonté survient toujours en libératrice et messagère de joie. »

Krynein est venue assister à une leçon. Elle est assise à même le sol. Elle tient un livre entre ses mains et lit :

Il y aurait sans doute beaucoup à dire sur le rôle qu’a pu jouer l’amitié entre les représentants du mouvement. L’histoire des Conférences on Critical Legal Studies racontée par

John Henry Schlegel donne l'impression d'une grande famille, avec ses divisions, qui se retrouve néanmoins rituellement avec plaisir interpersonnels qui expliquent sans doute le mieux la diversité des tendances regroupées au sein des CLS, une diversité qui interroge quand elle saute aux yeux au premier abord et qui devient encore plus énigmatique quand on la découvre dans toute son ampleur.

Laetitia interrompt le cours et lance « De la place pour toutes les danseuses! » en désignant Krynein et en l'arrachant à sa rêverie. Celle-ci songeait à ce qui ne se dit pas, à ce qui ne s'écrit qu'entre les lignes. La pensée commence comme un mouvement du corps; la critique se vit avant que de se raisonner. Elle est mue par la peur de l'ennui, l'envie d'en découdre et le besoin d'aventure dans un monde universitaire dont les cadres semblent parfois près de se refermer à jamais sur les gens. Krynein entre dans la farandole.

XII. Conclusion

Une matinée du mois de mai, il a été reçu dans les facultés de droit le message suivant :

Camarade Critique!

Maintenant t'apparaît comme une erreur quelque chose que jadis tu as aimé comme une vérité ou du moins comme une probabilité : tu la repousses loin de toi et tu t'imagines que ta raison y a remporté une victoire. Cependant, peut-être qu'alors tu étais encore un autre (tu es toujours un autre) : cette erreur t'était donc aussi nécessaire que toutes les vérités actuelles, en quelque sorte comme une peau qui te cachait et te voilait beaucoup de choses que tu ne devais pas voir encore. C'est ta vie nouvelle et non pas ta raison qui as tué pour toi cette opinion : tu n'en as plus besoin, et maintenant elle s'effondre sur elle-même, et la déraison en sort comme de la vermine. Lorsque nous exerçons notre esprit critique, ce n'est là rien d'arbitraire et d'impersonnel car c'est, du moins très souvent, une preuve qu'il y a en nous des forces vivantes et agissantes qui dépouillent une écorce. Nous nions, et il faut que nous niions puisque quelque chose en nous veut vivre et s'affirmer, quelque

chose que nous ne connaissons pas, que nous ne voyons peut-être pas encore! Cela en faveur de la critique (Friedrich Nietzsche).

Il est temps de commencer à ne pas écrire.

K.

Sources

Le lecteur trouvera ici les sources utilisées pour la confection du texte et à qui sont empruntées les citations. Il faut y ajouter les sources de la section III qui n'ont pas été reproduites en raison de ce qu'elles figurent de manière complète dans le texte.

VOLTAIRE, *Candide ou l'optimisme et autres contes*, Paris, Presses Pocket, 2010.

I.

BRUNSCHWIG, J., G. LLOYD et P. PELLEGRIN (dir.), *Le savoir grec. Dictionnaire critique*, nouvelle édition, Paris, Flammarion, 2011.

DE ROMILLY, J., *Les grands sophistes dans l'Athènes de Périclès*, Paris, Le Livre de poche, 2004.

DIDEROT, D. et J. LE ROND D'ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, t. 4, Paris, l'Édition numérique, collaborative et critique de l'Encyclopédie, 1754, en ligne : <www.enccre.academie-sciences.fr>.

HEGEL, G.W.F., *Leçons sur l'histoire de la philosophie. Introduction : Système et histoire de la philosophie*, Paris, Folio, 2000.

HEIDEGGER, M., *Questions I et II*, coll. « Tel », Paris, Gallimard, 1990.

HERRERA, C.M., « Ce que critique veut dire en théorie du droit – Beaucoup moins qu'un manifeste, pas vraiment une cartographie », dans Julie SAADA et Mikhaïl XIFARAS (dir.), *Jurisprudence – Revue critique : Le droit entre théorie et critique*, Chambéry, Université Savoie Mont Blanc, 2016, p. 77.

ISRAËL, L., « La sociologie (du droit) comme critique (du droit) », dans Julie SAADA et Mikhaïl XIFARAS (dir.), *Jurisprudence – Revue critique : Le droit entre théorie et critique*, Chambéry, Université Savoie Mont Blanc, 2016, p. 91.

JEAMMAUD, A., *Sur « Critique du droit »*, texte inédit, Institut d'études du travail de Lyon, Université Lyon II.

KALUSZYNSKI, M., « Accompanying the State or contesting it? The movement "Critical law" in France. Des juristes en rébellion », (2014) *Criminocorpus*, en ligne : <<http://criminocorpus.revues.org/2831>>.

KALUSZYNSKI, M., « Sous les pavés, le droit/le mouvement critique du droit ou : quand le droit retrouve la politique », (2010) 76-3 *Droit et Société* 523.

KENNEDY, D., « Sémiotique de la critique », dans Julie SAADA et Mikhaïl XIFARAS (dir.), *Jurisprudence – Revue critique : Le droit entre théorie et critique*, Chambéry, Université Savoie Mont Blanc, 2016, p. 19.

MIAILLE, M., « La critique du droit », (1992) 20-21 *Droit et Société* 73.

NARBONNE, J.-M., *Antiquité critique et modernité : Essai sur le rôle de la pensée critique en Occident*, Paris, Les Belles Lettres, 2016.

SAADA, J. et M. XIFARAS, « La critique du droit – Quelle critique? », dans Julie SAADA et Mikhaïl XIFARAS (dir.), *Jurisprudence – Revue critique : Le droit entre théorie et critique*, Chambéry, Université Savoie Mont Blanc, 2016, p. 9.

SERRES, C., *Les institutions du droit françois suivant l'ordre de celles de Justinien*, Paris, La Veuve Cavelier & Fils, 1753.

II.

BRUNSCHWIG, J., G. LLOYD et P. PELLEGRIN (dir.), *Le savoir grec. Dictionnaire critique*, nouvelle édition, Paris, Flammarion, 2011.

HEGEL, G.W.F., *Leçons sur l'histoire de la philosophie. Introduction : Système et histoire de la philosophie*, Paris, Folio, 2007.

HEIDEGGER, M., *Qu'appelle-t-on penser?*, coll. « Quadrige », Paris, Presses universitaires de France, 2010.

HEIDEGGER, M., *Questions I et II*, coll. « Tel », Paris, Gallimard, 1990.

PLATON, *Œuvres complètes*, Paris, Flammarion, 2008.

III.

MAYER, R., « Le constructivisme et les problèmes sociaux », dans Henri DORVIL et Robert MAYER, *Problèmes sociaux*, t. 1, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2000.

V.

FERRY, L., *Kant : Une lecture des trois « Critiques »*, Paris, Le Livre de poche, 2008.

GOETHE, J.W.V., *Poésies diverses, Pensées, Divan oriental-occidental*, Paris, Librairie Hachette et cie, 1871.

HEIDEGGER, M., *Qu'appelle-t-on penser?*, coll. « Quadrige », Paris, Presses universitaires de France, 2010.

KANT, E., *Critique de la raison pratique*, Paris, Flammarion, 2003.

KANT, E., *Critique de la raison pure*, Paris, Flammarion, 2017.

KANT, E., *Vers la paix perpétuelle – Que signifie s'orienter dans la pensée? – Qu'est-ce que les Lumières? Et autres textes*, Paris, Flammarion, 2006.

SPINOZA, B., *Traité des autorités théologique et politique*, coll. « Folio essais », Paris, Gallimard, 1994.

VI.

KENNEDY, D., « Note sur l'histoire de CLS aux États-Unis », dans A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 137-138.

VII.

DOUZINAS, C., « Oubliez Critique », (2005) 16-1 *Law and Critique* 47.

VIII.

CHABEE-SIMPER, S., « La somatisation ou l'anti-passage à l'acte dans le corps réel », *Imaginaire & Inconscient*, vol. 16, n° 2, 2005, p. 151.

DELEUZE, G., *Nietzsche et la philosophie*, coll. « Quadrige », Paris, Presses universitaires de France, 2014.

FREUD, S., *Introduction à la psychanalyse*, coll. « Petite Bibliothèque Payot », Paris, Payot, 2015.

LEGENDRE, P., *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Éditions du Seuil, 2005.

IX.

DERRIDA, J., *De la grammatologie*, coll. « Critique », Paris, Les Éditions de Minuit, 1967.

DERRIDA, J., *L'écriture et la différence*, Paris, Éditions du Seuil, 2014.

FOUCAULT, M., *Philosophie : Anthologie*, Paris, Gallimard, 2004.

FREUD, S., *Introduction à la psychanalyse*, coll. « Petite Bibliothèque Payot », Paris, Payot, 2015.

LEGENDRE, P., *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Éditions du Seuil, 2005.

NARBONNE, J.-M., *Antiquité critique et modernité : Essai sur le rôle de la pensée critique en Occident*, Paris, Les Belles Lettres, 2016.

RICŒUR, P., *De l'interprétation Essai sur Freud*, Paris, Éditions du Seuil, 1965.

XI.

MICHAUT, F., *Le mouvement des Critical Legal Studies – De la modernité à la postmodernité en droit*, coll. « Diké », Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2014.

VERLAINE, P., « Art poétique », dans Yves-Alain FABRE, *Œuvres poétiques complètes*, coll. « Bouquins », Paris, Éditions Robert Laffont, 1992, p. 150.

XII.

NIETZSCHE, F., *Le gai savoir*, coll. « Folio essais », Paris, Gallimard, 1989.

LES FAITS ALTERNATIFS DU DROIT CONSTITUTIONNEL *

par René PEPIN**

Nous avons ici une des présentations faites à l'occasion des conférences annuelles Chevette-Marx, consacrées soit aux principes fondamentaux, soit au fédéralisme ou encore aux libertés publiques.

Le titre de l'ouvrage de Danielle Pinard, *Les faits alternatifs du droit constitutionnel*, nous amène à penser aux interventions devant les médias de Kellyanne Conway, conseillère de l'actuel président des États-Unis. L'auteure y fait allusion pour expliquer que ce sont là des éléments faisant appel à l'émotion et à des opinions personnelles plutôt qu'à des faits vérifiables. Elle se pose ainsi les questions suivantes : Les faits sur lesquels les lois s'appuient souvent sont-ils véridiques? Les conclusions que les législateurs tirent de « faits » pourraient-elles n'être que de simples approximations?

Le questionnement de l'auteure s'avère pertinent parce qu'en droit constitutionnel on semble être passé d'un extrême à l'autre. Jusqu'aux années 60, les tribunaux acceptaient en preuve presque uniquement le texte de la loi. Même la lecture du Hansard était suspecte, parce qu'il fallait trouver l'intention du Parlement qui avait adopté la loi, et non l'opinion d'une seule personne, même si c'était le ministre qui avait parrainé le projet. Toutefois, les tribunaux n'ont plus le choix de nos jours. La Constitution canadienne dit que les parlements peuvent retreindre un droit fondamental, pourvu que cette limite soit raisonnable dans une société libre et démocratique. Il faut alors vérifier s'il y a consensus, chez les historiens, sociologues, éthiciens ou politologues, sur le caractère raisonnable d'une mesure. Or souvent ces « preuves » ne sont pas accessibles, et ce, pour diverses raisons : les sciences sociales ne se sont pas

*. Danielle PINARD, *Les faits alternatifs du droit constitutionnel*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2018, 57 p.

**, Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

posé ces questions, les résultats sont encore provisoires ou bien les études se contredisent.

Le sujet des faits alternatifs n'est pas nouveau. Il a déjà été traité ailleurs. Cependant, l'auteure l'examine en profondeur et met les connaissances à jour quant aux positions des tribunaux sur le sujet. Elle montre qu'il y a d'abord eu une importante valse-hésitation de la part de la Cour suprême du Canada dans son appréciation des faits en droit constitutionnel. Après une approche initiale formaliste, la Cour suprême a montré une ouverture « certaine mais chaotique » à la réception des faits sociaux. Puis on a assisté à un resserrement des règles quant à leur réception, pour maintenant faire face à un nouveau défi, celui de la « remise en question des postulats factuels du droit » (p. 20).

La partie la plus intéressante du texte est la démonstration par l'auteure que certains « faits sociaux » constituent des postulats essentiels du droit, mais se révèlent des fictions nécessaires dont la remise en question pourrait ébranler beaucoup de certitudes en sol canadien. Elle en donne quelques exemples, notamment celui de la question du droit d'une plaignante en droit criminel de témoigner à visage couvert. On peut se demander s'il existe vraiment un lien fort entre le droit à un procès équitable et la possibilité de voir le visage des témoins. On réalise que la Cour suprême est très divisée sur le sujet. Comme cela arrive souvent, on a préféré ménager la chèvre et le chou plutôt que de trancher le débat. L'auteure écrit très justement ceci (p. 23) : « Une certaine représentation du monde est en effet indispensable à la construction d'un système de règles qui soit logique et cohérent. » Toutefois, ces postulats n'ont pas toujours été vérifiés empiriquement ni considérés au moment de l'élaboration de la norme, ou encore ils ne sont en réalité « qu'une justification fictive *ex post facto* invoquée au moment de sa contestation » (p. 24).

En somme, l'ouvrage de Pinard est une excellente étude que tout juriste devrait lire et méditer.

ACCÈS À LA TERRE ET ENJEUX SOCIAUX : PRÉCARITÉ, TERRITORIALITÉ, IDENTITÉ*

ACCESS TO LAND AND SOCIAL ISSUES: PRECARITY, TERRITORIALITY, IDENTITY**

par Sébastien BRAULT***

Accès à la terre et enjeux sociaux est le thème d'un colloque qui s'est tenu à la Faculté de droit de l'Université McGill, à Montréal, le 16 mars 2018. Dans le but « [d']étudier diverses questions que soulèvent l'accès à la terre et les enjeux sociaux qui y sont reliés¹ », le comité organisateur de ce colloque ont réuni des professeurs et des chercheurs venant d'universités québécoises, canadiennes et françaises, qui se spécialisent dans des disciplines telles que l'anthropologie, le droit, les études féministes, les études urbaines et la géographie, pour participer à une table ronde. L'ouvrage collectif qui en découle, sous la direction de la professeure Yaëll Emerich et de l'avocate Laurence Saint-Pierre Harvey, est de ce fait bilingue et pluridisciplinaire. La mise en commun de ces disciplines et l'utilisation d'approches interdisciplinaires et théoriques variées propres à ces disciplines ont permis d'entrevoir l'étendue de la polysémie des termes *accès* et *terre*². De plus, en explorant « ces questions à travers une structure qui emprunte [les] trois axes [que sont] la précarité, la territorialité et l'identité³ », cet ouvrage collectif présente des textes qui interagissent et tendent vers un but commun : permettre un nouveau regard sur les questions d'accès à la terre et d'enjeux sociaux.

*. Yaëll EMERICH et Laurence SAINT-PIERRE HARVEY (dir.), *Accès à la terre : précarité, territorialité, identité, Access to Land and Social Issues: Precarity, Territoriality, Identity*, Montréal, Éditions Thémis, 2018.

**. L'ouvrage collectif étant bilingue, nous jugeons pertinent d'indiquer d'entrée de jeu le titre dans les deux langues.

***. Notaire, M. fisc.

1. Y. EMERICH et L. SAINT-PIERRE HARVEY (dir.), *Accès à la terre : précarité, territorialité, identité, Access to Land and Social Issues: Precarity, Territoriality, Identity*, Montréal, Éditions Thémis, 2018, p. ix.

2. *Id.*

3. *Id.*

L'enjeu de cet ouvrage collectif réside d'abord dans l'exploration des termes *terre* et *accès*. Si d'emblée ces deux mots semblent offrir un champ de recherche restreint, c'est tout le contraire qui est dévoilé dans l'ouvrage alors que les auteurs adhèrent à des définitions qui dépassent largement celles que peuvent privilégier de prime abord les civilistes. À titre d'exemple, pour les civilistes francophones, le terme *terre* a peu de significations sur le plan juridique. Au contraire, le terme *land*, en anglais et en common law en particulier, est défini comme « l'ensemble des terrains et des constructions qui s'y trouvent, comprenant le droit de propriété⁴ ». C'est en ce sens que le concept de *terre* doit être compris ici. En effet, alors que certains textes de l'ouvrage se restreignent à une conception étroite de la terre (agricole ou cultivable)⁵, d'autres dépassent ce cadre et analysent plutôt l'accès aux logements situés dans des immeubles construits ou encore aux espaces publics des villes⁶.

Le concept d'*accès*, quant à lui, constitue l'élément central de cet ouvrage collectif. À ce propos, dans leur texte intitulé

-
4. Voir notamment le terme « fonds » dans France ALLARD et autres, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens*, Montréal, Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 97.
 5. Voir notamment les textes suivants : Dina NAJJAR, Bipasha BARUAH et Aman EL GARHI, « Women and Land Ownership in Egypt: Continuities, Disruptions, Contradictions », dans Y. EMERICH et L. SAINT-PIERRE HARVEY (dir.), préc., note 1, p. 57; Yaëll EMERICH avec la collab. de Brendan COOKE, « Quelques enjeux comparatifs sur l'accès à la terre en Asie du Sud-Est : statut de la terre et accès au crédit », dans Y. EMERICH et L. SAINT-PIERRE HARVEY (dir.), préc., note 1, p. 87; Sabrina DOYON, « Cueillettes sauvages et cultures agroforestières des produits non ligneux : enjeux socioenvironnementaux de l'accès aux terres et territoires au Québec », dans Y. EMERICH et L. SAINT-PIERRE HARVEY (dir.), préc., note 1, p. 135.
 6. Nicholas BLOMLEY et Natalia PÉREZ, « Eviction: Precarious Property, Access and Territory », dans Y. EMERICH et L. SAINT-PIERRE HARVEY (dir.), préc., note 1, p. 1; Béatrice BALIVET, « L'accession sociale à la propriété immobilière en France : la fin du modèle de la propriété individuelle? », dans Y. EMERICH et L. SAINT-PIERRE HARVEY (dir.), préc., note 1, p. 21; Hélène BÉLANGER, « Revitalisation des quartiers, appropriation des espaces publics et gentrification : quel « droit à la ville » pour les résidents? », dans Y. EMERICH et L. SAINT-PIERRE HARVEY (dir.), préc., note 1, p. 117.

« Eviction: Precarious Property, Access and Territory⁷ », Nicholas Blomley, professeur au Département de géographie de l'Université Simon Fraser, et Natalia Pérez, chercheure et étudiante au doctorat au Département de géographie de l'Université Simon Fraser, offre une définition théorique de la notion d'accès qui peut, nous semble-t-il, s'appliquer à tout l'ouvrage⁸. Les deux auteurs soulèvent avec intérêt que cette notion représente « the ability to derive benefits from things⁹ ». Plus particulièrement, réfléchir sur le terme accès nécessite de mobiliser son opposé qu'est l'exclusion¹⁰ pour les analyser comme relations de pouvoir entre acteurs sociaux. La richesse d'une définition de l'accès comme étant « l'habilité à tirer des bénéfices des choses » permet de dépasser le cadre d'analyse accès/exclusion et d'appréhender la totalité des interactions entre *précarité*, *territorialité* et *identité* illustrées dans les textes réunis.

Sans nous pencher sur l'ouvrage dans son entièreté, nous tenons à indiquer que les notions de précarité, de territorialité et d'identité ne sont pas hétérogènes et présentent des situations d'im-mixtion qui ne font qu'alimenter le portrait global des problématiques liées à l'accès à la terre. De cette globalité, si nous estimons possible, à première vue, de soulever des situations paradoxales, les différents objets de recherche des auteurs paraissent se concentrer sur certaines réflexions communes.

Dans son texte ayant pour titre « Colonialism and Access to a Disenchanted Earth », Kirsten Anker¹¹, professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université McGill, souligne les rapports privilégiés qu'entretient la communauté autochtone avec la terre : l'accès à la terre et aux ressources n'est pas source d'exclusion,

7. N. BLOMLEY et N. PÉREZ, préc., note 6.

8. Sans l'indiquer précisément, tous les auteurs de l'ouvrage collectif paraissent par la suite adhérer implicitement à cette conception de la notion d'accès.

9. Jesse C. RIBOT et Nancy PELUSO, « A Theory of Access », (2003) 68-2 *Rural Sociology* 153, p. 153, cités dans N. BLOMLEY et N. PÉREZ, préc., note 6, p. 5.

10. *Id.*

11. Kirsten ANKER, « Colonialism and Access to a Disenchanted Earth », dans Y. EMERICH et L. SAINT-PIERRE HARVEY (dir.), préc., note 1, p. 165.

mais un ensemble de relations¹². Le système colonial qui a importé au Canada un système juridique ayant pour fondement la propriété privée a eu comme effet d'exclure les communautés autochtones d'un accès à la terre qu'elles se partageaient auparavant¹³. Parallèlement, Emerich souligne que, dans le contexte d'accès aux terres au Cambodge, le développement du système juridique occidental, plus particulièrement l'amélioration du système de publicité des droits, permettra un meilleur accès au crédit et incidemment un meilleur accès aux terres, notamment pour les groupes qui occupent la terre en fonction du droit coutumier lié aux pratiques khmères¹⁴. Ainsi, s'il est possible de constater que certaines caractéristiques des systèmes juridiques issus des pays occidentaux et insérés dans la législation des pays émergents suivent une approche inclusive en vue de protéger l'accès aux terres et les pratiques des peuples originaires, la situation se révèle différente au Canada où l'effet de la domination du colonialisme doit aujourd'hui être atténuée par la jurisprudence canadienne alors que des droits ancestraux sont reconnus aux peuples autochtones.

Dans un contexte d'accès au logement, le texte intitulé « L'accession sociale à la propriété immobilière en France : la fin du modèle de la propriété individuelle », Blomley et Pérez¹⁵, expose une situation diamétralement opposée à celle que présente Béatrice Balivet¹⁶, mais les deux écrits convergent vers la démonstration des problèmes qu'engendre la difficulté d'obtenir un réel accès à la terre. Blomley et Pérez indiquent qu'en Colombie-Britannique la législation qui encadre l'accès au logement par l'entremise du marché locatif privé présente des failles. Le logement étant de nos jours objet du marché, le locataire qui ne peut payer son loyer risque l'expulsion (que cette dernière soit encadrée par la législation ou non). La relation de pouvoir entre le propriétaire qui est maître sur son bien et le locataire dans le système du marché locatif privé crée un accès au logement précaire pour les locataires,

12. *Id.*, p. 168.

13. *Id.*, p. 172 et suiv.

14. Y. EMERICH avec la collab. de B. COOKE, préc., note 5, p. 93 et suiv.

15. N. BLOMLEY et N. PÉREZ, préc., note 6.

16. B. BALIVET, préc., note 6.

particulièrement pour ceux qui ont de faibles revenus. D'un autre côté, Balivet souligne que le droit au logement en France, qui garantit un toit à toute personne, donne lieu également à certaines formes de précarité. À vrai dire, le programme qui incite les utilisateurs à quitter les logements sociaux pour devenir propriétaires ne fonctionne pas. Les gens qui ont recours à ce programme demeurent locataires puisqu'ils ont un droit garanti au logement et n'ont pas les moyens de s'offrir la propriété. À terme, le nombre de logements sociaux sera saturé et l'État ne pourra respecter sa politique de loger toute sa population.

Enfin, l'accès est aussi une préoccupation où, d'emblée, la propriété privée ne semble jouer aucun rôle. Deux situations totalement différentes soulignent pourtant des problématiques similaires. C'est le sujet des textes d'Hélène Bélanger, professeure au Département d'études urbaines et touristiques de l'UQAM, spécialisée en études urbaines et touristiques, qui explore l'effet de la revitalisation d'un quartier sur sa population¹⁷, et de Sabrina Doyon, anthropologue, qui analyse la situation des cueilleurs sauvages et des agriculteurs agroforestiers des produits forestiers non ligneux¹⁸. En principe, les territoires des cueilleurs sauvages et les espaces publics des villes ne sont pas soumis au caractère d'exclusion, c'est-à-dire qu'ils sont accessibles à tous pour les activités qui y sont autorisées. Pourtant, les pressions qu'exerce le marché sur ces domaines en ont modifié la conception fondamentale. À ces endroits, une certaine tendance à la privatisation des activités a été constatée, ce qui a eu pour effet de limiter géographiquement l'accès à ces territoires ou aux ressources, de précariser l'accès au logement ou à la terre par une augmentation des coûts et ainsi d'homogénéiser l'identité des groupes présents dans ces endroits. Bélanger donne comme exemple les habitants d'un quartier obligés de déménager à cause de l'embourgeoisement (*gentrification*) ou les itinérants qui ne peuvent plus avoir accès à l'espace public à la suite de sa revitalisation. Pour sa part, Doyon précise que l'accès au territoire dans le cas de certaines communautés de cueilleurs qui ont

17. H. BÉLANGER, préc., note 6.

18. S. DOYON, préc., note 5.

toujours exercé leur métier avec un respect pour la régénération de la nature est menacé par l'arrivée massive de l'industrie, celle-ci modifiant les pratiques et rendant instable le maintien de ces communautés.

Au final, la publication de cet ouvrage collectif a permis de poser un regard déterminé sur l'étendue de la complexité que revêtent la question de l'accès à la terre et certains des enjeux sociaux qui en découlent. En constatant l'effet qu'ont eu le colonialisme sur les peuples autochtones, les relations de pouvoir du propriétaire sur son locataire ou encore la pression du secteur privé sur des activités jusqu'alors ouvertes à tous, il apparaît indéniable à l'heure actuelle que la force du marché basé sur l'économie capitaliste imprègne les systèmes juridiques occidentaux. La propriété privée qui agit comme vecteur de l'individualisme dans ces systèmes juridiques influe sur l'accès aux terres et sur l'analyse du concept d'accès en tant qu'élément d'exception au caractère d'exclusion. Pourtant, l'une des forces de cet ouvrage est que les auteurs ont démontré dans leurs textes la possibilité de dépasser cette conception restreinte de l'accès. Comme le souligne Anker, se limiter à l'analyse de l'accès, c'est s'en tenir à une analyse encadrée par les principes d'exclusion, d'occupation, de frontières et d'utilisation des ressources, qui eux-mêmes sont l'apanage du concept de propriété¹⁹. L'analyse de l'accès peut tout aussi bien se concevoir en fonction d'autres valeurs telles que la liberté, le progrès²⁰ et l'enchantement.

19. K. ANKER, préc., note 11, p. 170.

20. *Id.*